

MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSOS

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 275 — DF
(Registro nº 89.0012762-4)

Relator: *O Senhor Ministro Bueno de Souza*

Impetes.: *José Rodrigues Fernandes e outros*

Impdo.: *Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça*

Advogados: *Drs. José Salvador de Moraes e outro*

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE
SEGURANÇA**

1. À míngua de interposição do recurso cabível contra o ato impugnado, operou-se a preclusão (Súmula 268 do STF).

2. *Mandamus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 03 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro BUENO DE SOUZA, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: JOSÉ RODRIGUES FERNANDES e outros impetram mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Ministro Vice-Presidente desta Corte, cargo então ocupado pelo eminente Ministro TORREÃO BRAZ, consistente em r. despacho exarado nos autos do Precatório 22.661, que ora transcrevo (fls. 165), *verbis*:

“Importa o presente precatório no valor inicialmente requisitado, ou seja, de Cz\$ 13.347.645,38 (treze milhões, trezentos e quarenta e sete mil, seiscentos e quarenta e cinco cruzados e trinta e oito centavos) com o que concorda a Subprocuradoria-Geral da República em seu parecer de fls. 106.

Entretanto, tal importância foi atualizada à expedição do precatório no próprio ofício deprecante (fls. 102), alterada a requisição para Cz\$ 142.417.118,14 sem que tal atualização viesse instruída pela respectiva conta, bem como de sua homologação.

Assim, PAGUE-SE o presente requisitório pelo seu valor primitivo, vez que o mesmo é o único que está ao abrigo da coisa julgada e já à disposição dos requerentes neste Tribunal.

Por outro lado, indefiro o pedido de fls. 109/112, pois que a atualização do crédito deverá ser objeto de precatório complementar a ser requerido em 1º grau, e remetido ao Tribunal Regional Federal competente, para relacionamento no exercício financeiro oportuno (art. 11, § 3º da Lei 7.746 — *in DO* de 31.03.1989).

Publique-se.”

Os impetrantes sustentam, em resumo, que possuem direito líquido e certo ao recebimento de seu crédito devidamente atualizado até a data do efetivo pagamento, independentemente da realização de nova conta no Juízo de primeira instância, eis que, para tanto, basta simples cálculo aritmético, ante a conversão da dívida em ORTNs.

Indeferi o decreto liminar e requisitei informações à digna autoridade apontada como coatora (fls. 121), as quais foram regularmente prestadas às fls. 125/127.

O Ministério Público Federal, ouvido, opinou preliminarmente pelo não conhecimento da segurança, e, se conhecida, pelo seu indeferimento (fls. 151/157).

O SRIP, em atendimento à determinação do Relator, informa que não houve a interposição de recurso contra a r. decisão atacada pelo *mandamus*.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhores Ministros, colho do douto parecer ministerial, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Paulo Sollberger, o seguinte tópico (fls. 153/155):

“É entendimento predominante na jurisprudência dos nossos Tribunais que a admissibilidade de mandado de segurança contra ato judicial recorrível pressupõe a interposição do recurso cabível e que o objeto do *writ* seja a suspensão da imediata efetivação da decisão atacada, e não o conteúdo desta, cujo reexame se há de fazer quando do julgamento do recurso.

É o que ensina ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, argumentando:

“A orientação mais razoável em tal assunto, e que tem sido prestigiada cada vez mais pelos tribunais, é a que admite a ação de mandado com caráter complementar e não substitutivo do recurso adequado: acolhe-se o pedido de segurança e se a concede para o efeito de sustar o cumprimento imediato da decisão, até o julgamento do agravo, **desde que este haja sido interposto**. Se o recurso não foi tempestivamente manifesto, a preclusão processual impede o reexame da matéria, inclusive por via do *mandamus*, pois de outro modo se haveria de subverter por completo o sistema de preclusões sucessivas, sem o qual o processo se tornaria caótico e infundável” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, Tomo III, págs. 558/559, 1ª edição — Forense).

Confira-se, a propósito, entre tantos outros, os seguintes arestos dessa Colenda Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA
CONTRA ATO JUDICIAL.

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

I — Só é cabível mandado de segurança para atacar ato judicial, quando o impetrante se utiliza, a tempo e modo,

do recurso processual atinente, sem efeito suspensivo, e demonstra a possibilidade de dano iminente, irreparável através dos meios normais de composição, inclusive pela inidoneidade patrimonial do adversário, a quem aproveita o ato impugnado.

Precedentes do TFR.

II — No caso sob apreciação, contra a decisão atacada, o recurso próprio não foi ajuizado no prazo legal, motivo por que não se conheceu do *mandamus* (MS 104.409, Rel. Min. GERALDO SOBRAL, in D.J. de 06.02.86, pág. 824).

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL. CABIMENTO. LEI 1.533/51, artigo 5º, II.

I — A jurisprudência do TFR é no sentido de que o mandado de segurança contra ato judicial somente é cabível se, do ato judicial passível de recurso sem efeito suspensivo, resultar a possibilidade de dano irreparável, exigindo a jurisprudência, ademais, que o recurso haja sido interposto, porque, além do *mandamus* não ser sucedâneo de recursos próprios, os atos e termos processuais, não recorridos, são apanhados, de regra, pela preclusão.

II — Inocorrência, no caso, da possibilidade de dano irreparável.

III — Mandado de Segurança não conhecido” (MS-106.945, Rel. Min. CARLOS MÁRIO VELLOSO, in D.J. de 20.02.86, pág. 1.515).

Ora, do despacho impugnado cabia agravo Regimental (art. 258 do RISTJ), recurso não interposto pelos impetrantes, verificando-se, assim, a preclusão processual impeditiva do reexame da matéria.

Nessas condições e invocando ainda a jurisprudência compendiada na Súmula nº 268 do Colendo Supremo Tribunal Federal, opinamos, preliminarmente, pelo não conhecimento do *Writ*.

2. Relativamente à concessão de segurança, restrita à outorga de efeito suspensivo a agravo de instrumento, a Corte conhece meu entendimento pessoal, respeitosamente contrário à orientação predominante, fielmente referida no lúcido parecer a que me reporto. É bem verdade que, feita essa ressalva, subscrevo a orientação jurisprudencial predominante.

3. No mais, cumpre considerar a preclusão, por não ter sido interposto o recurso cabível contra o ato já impugnado, que, assim, passou em julgado (Súmula 268, do Supremo Tribunal).

Eis porque não conheço do presente mandado de segurança, consoante a técnica de julgamento da matéria, que também predomina nesta Corte.

É como voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 275 — DF — (89.0012762-4) — Rel.: O Senhor Ministro Bueno de Souza. Imptes.: José Rodrigues Fernandes e outros. Impdo.: Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Advogados: Drs. José Salvador de Moraes e outro.

Decisão: A Corte Especial, por unanimidade, não conheceu da segurança. (03.10.91)

Os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Pádua Ribeiro, Geraldo Sobral, Carlos Thibau, Nilson Naves, José de Jesus, Assis Toledo, Edson Vidigal, Garcia Vieira, Athos Carneiro, Fontes de Alencar, Barros Monteiro, Peçanha Martins, Gomes de Barros e José Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Flaquer Scartezzini e Costa Leite.

Os Srs. Ministros Antônio Torreão Braz (Presidente), Washington Bolívar, José Cândido, Costa Lima, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, Vicente Cernicchiaro, Waldemar Zveiter, Cláudio Santos e Sálvio de Figueiredo não compareceram à sessão por motivo justificado.

Presidiu a Sessão o Exm^o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 280 — SP

(Registro nº 9014344)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Recorrente: *Adelino Carlos Brito de Alcântara*

T. Origem: *Tribunal de Justiça de São Paulo*

Impetrado: *Governador do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. João Baptista Caetano e José Paulo Carvalho Braga*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. MILITAR. LEI 5.836/72, ART. 2º, INCISO I, LETRA C, E ART. 18.

I — O Militar das Forças Armadas e Auxiliares, acusado oficialmente ou por meio lícito de comunicação social de ter praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe, fica sujeito ao Conselho de Justificação, a teor do art. 2º, inciso I, letra c, da Lei 5.836/72.

II — O prazo prescricional de seis anos estabelecido no art. 18, quanto aos fatos referidos na Lei 5.836/72, se endereça ao Conselho de Justificação para proferir decisão acerca da acusação oficial.

III — Recurso em Mandado de Segurança improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de maio de 1990 (data do julgamento).

Ministro ARMANDO ROLLEMBERG, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Adelino Carlos Brito de Alcântara de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que indeferiu mandado de segurança requerido contra ato do Governador do Estado, que demitiu o recorrente das fileiras da Polícia Militar do posto de Capitão, qualificado na inicial como Bel. em Ciências Jurídicas e Sociais e em Ciências e Letras.

O ato atacado teve o seguinte teor — fls. 55:

“DECRETOS DE 3-10-88 DECLARANDO,

à vista do V. acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça Militar do Estado nos autos do Conselho de Justificação 27-83, incompatível com o oficialato da Polícia Militar do Estado, com perda do posto, da patente e demissão *ex officio*, o Capitão QAO PM ADELINO CARLOS BRITO DE ALCÂNTARA, da Polícia Militar do Estado, com fundamento nos arts. 2º, I, c e 16, I, da L.F. 5.836-72, combinados com os arts. 2º, IV e 3º, da Lei Estadual 186-73 e com o art. 40, III, do Decreto-lei Estadual 260-70.”

Entendo por bem em fazer parte do Relatório os seguintes fatos constantes da inicial — fls. 3/7:

“1. Pelo Ofício nº DP-100/33, de 9 de fevereiro de 1982, o Exmo. Sr. Comandante Geral da Polícia Militar de São Paulo propôs a instauração de Conselho de Justificação contra o ora Impetrante, que era, na época, Primeiro Tenente PM, Acadêmico de Direito em estágio, proposição essa fundamentada em fatos que teriam ocorrido nos anos de 1980 a abril de 1981 (doc. 1 e 2) aqui juntados.

2. Pela Resolução de 11 de fevereiro de 1982, o Exmo. Sr. Secretário de Segurança Pública nomeou os membros que deveriam compor o Colegiado (doc. 3). Tal Conselho foi destituído por suspeição argüida pelo Impetrante, tendo sido nomeado outro, que deu prosseguimento ao feito. Ao término da instrução do procedimento administrativo, foi negado ao Impetrante o direito de apresentar suas DERRADEIRAS RAZÕES DE DEFESA.

3. O Venerando Acórdão condenatório foi prolatado no dia 10 de julho de 1986 (doc. 4 a 13) sendo publicado apenas em 30 de dezembro do mesmo ano. Ora, ao Impetrante não cabe culpa pelo atraso procedimental de sete meses entre a prolação e a publicação do Venerando Acórdão. Aliás, somados a este, outros e mais outros atrasos ensejaram a inarredável prescrição, o que, diga-se de passagem, dificultou os trabalhos de seu patrono, que teve dificuldades de acompanhar e conhecer o andamento do feito, em suas sucessivas etapas legais.

4. No dia 5 de fevereiro de 1987, portanto, tempestivamente, o ora Impetrante interpôs RECURSO EXTRAORDINÁRIO, com ARGÜIÇÃO DE RELEVÂNCIA ao Venerando Supremo Tribunal Federal (doc. 14 a 20), e que foi recebido pelo Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça Mi-

litar de São Paulo que, ainda no mesmo dia, determinou a remessa do Recurso para “vista do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da Justiça Militar” (doc. 21 a 23), tendo a Secretaria do mesmo Tribunal certificado (doc. 23) haver recebido esse Despacho, somente SETE MESES DEPOIS, fazendo-o publicar no dia 25 de setembro de 1987 (doc. 22), remetendo os autos à Procuradoria-Geral da Justiça Militar, no mesmo dia.

5. Provam e comprovam os documentos aqui juntados, que a Justiça Militar descurou, *data venia*, do procedimento regular do feito, desinteressando-se por ele, a ponto de um simples afastamento administrativo do Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça Militar ter dado causa a uma protelação de atos durante mais de quatro meses, quando exarou Despacho à sua Diretoria Judiciária, mediando entre este e o recebimento, nada menos que três meses, época em que, agora de modo apressado e, inexplicavelmente, tardio, o novo Presidente procurou desfazer-se da responsabilidade.

6. Não obstante ter sido o Recurso Extraordinário recebido pelo DD Presidente do TJM, e publicado com vistas ao DD Procurador da Justiça Militar, no dia 25 de setembro de 1987, o Órgão do Ministério Público só veio a manifestar-se, extemporaneamente, no dia 19 de outubro do mesmo ano (Doc. nº 24 a 33), data em que os autos foram conclusos ao Sr. Presidente do TJM, o qual, QUATRO MESES DEPOIS, ou seja, em 29 de fevereiro de 1988, exarou Despacho à Diretoria Judiciária, ressaltando o seu afastamento do cargo (doc. 34), tendo a Secretaria do mesmo Tribunal recebido esse Despacho MAIS DE TRÊS MESES DEPOIS, ou seja, em 3 de junho de 1988, data em que remeteu os autos conclusos ao Exmo. Sr. Presidente recém-empossado (doc. 34), o qual, na mesma data, determinou o DESENTRANHAMENTO do Recurso Extraordinário e a remessa imediata dos autos do Conselho de Justificação ao Exmo. Sr. Governador do Estado, bem como o retorno do Recurso às suas mãos (doc. 34 e 34 v.), o que foi feito pelos documentos ora juntados sob nº 35 e 36, com um Despacho, *data venia* esdrúxulo e contraditório, pelo qual INADMITIU o Recurso, mandando-o arquivar (doc. 36 a 37), o que foi feito em 21 de junho de 1988.

7. Ocorre que o Despacho pelo qual foi determinado o desentranhamento do Recurso e remessa dos autos do Conselho ao Exmo. Governador, ora Impetrado, foi publicado no dia 09/06/88, SEM O NOME DO PATRONO do Impetrante que, dili-

genciando sobre o atraso do procedimento, constatou essa irregularidade, peticionando e requerendo a volta dos autos ao Tribunal, o processamento do Recurso Extraordinário e a anulação do 2º Despacho, bem como a declaração da PRESCRIÇÃO intercorrente do *jus puniendi*. (doc. 38 e 39).

8. Recebida essa petição, o Exmo. Presidente do TJM determinou nova publicação, restituiu o prazo para Recurso intimando, nominalmente, o Patrono do Impetrante (doc. 38 a 40), o que ocorreu em 22 de setembro de 1988.

Finalmente, o pedido de retorno dos autos do Conselho ao Tribunal, assim como a subida do Recurso foram indeferidos, sendo permitida apenas a subida da argüição de relevância. O Impetrante agravou de instrumento, mas nem assim os autos voltaram à Egrégia Corte.

9. Entende o Impetrante que o respeito ao direito de defesa plena impunha ao Egrégio Tribunal de Justiça Militar, ante suas constantes procrastinações e em face dos Recursos do Impetrante, em pleno curso, determinar a volta dos autos do Conselho ao Tribunal, antes do Decreto do Excelentíssimo Impetrado, evitando, desta forma, que o Excelentíssimo Senhor Governador praticasse ato com abuso de autoridade, advertindo-o quanto à PRESCRIÇÃO do *jus puniendi*, sobre a interposição dos RECURSOS e, por fim, do não trânsito em julgado destes. Não se pode conceder, *data venia*, a proposta toda pessoal de um Presidente de Tribunal de Justiça Militar a um Governador de Estado, para demitir e cassar a patente de um Oficial Militar, cujo Processo foi eivado de vícios insanáveis e cuja pena já estava prescrita há mais de um ano e meio. — aberração jurídica!!”

Quanto ao direito diz que o seu ato demissório quando praticado, já havia ocorrido a prescrição administrativa em face do art. 18, da Lei Federal 5.836/72, c/c a Lei Estadual 186/73 e, tendo em conta esta questão, o ato é ilegal.

O Governador do Estado de São Paulo prestou informações argüindo a preliminar de ilegitimidade de parte da autoridade coatora, alegando que se limitou a declarar os efeitos subseqüentes do julgamento do Tribunal de Justiça Militar; argüi a preliminar de decadência do direito à impetração; e ainda a preliminar de descabimento do *writ* por atacar ato disciplinar.

No mérito dizem as informações — fls. 67/68:

“Com efeito, a extinção da punibilidade por prescrição, alegada pelo impetrante como fundamento basilar da impetração, não tem respaldo legal.

Conforme consta do v. Acórdão cuja cópia instrui a inicial, para citar somente um caso, o delito de receptação de um veículo Volkswagen, imputado ao impetrante, teria ocorrido em 16 de janeiro de 1981.

A decisão da Corte Militar foi proferida em 10/7/86, ou seja, quase cinco **anos e meio** após os fatos, sem que se houvesse consumado, portanto, a prescrição de **seis anos** prevista no artigo 18 da Lei Federal nº 5.836/72, aplicável à hipótese, conforme já assimilado, pela Lei Estadual nº 186/73.

Por outro lado, o parágrafo único do artigo 18, acima referido, dispõe que **“os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem nos prazos nele estabelecidos.**”

Ora, se o máximo da pena prevista no artigo 254 do Código Penal Militar para o crime de receptação é de 5 anos, é de se concluir que o prazo prescricional da ação disciplinar é de **12 (doze) anos**, segundo a regra do artigo 125, inciso IV, do mesmo Estatuto.”

O Ministério Público do Estado opinou para que fossem repelidas as preliminares e no mérito pelo indeferimento do *mandamus* fls. 71/79.

A Procuradoria Administrativa do Estado requereu a sua admissão litisconsorcial e foi deferida — fls. 81.

A decisão recorrida foi unânime na rejeição das preliminares e no mérito pelo indeferimento do *writ* — fls. 89/92.

O recurso ordinário do impetrante reitera a matéria de mérito trazida na inicial — fls. 95/100.

A Fazenda do Estado apresentou contra razões sustentando a decisão recorrida — fls. 102/104, e fls. 110/112.

O Ministério Público Estadual reitera seu pronunciamento de fls. para indeferir o recurso — fls. 114/115.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso — fls. 120/124.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): A questão no meu entender é simples.

É de ver-se, se à época do ato demissório já estava ou não prescrita essa penalidade, tão-somente.

Se prescrita concede-se a segurança, caso contrário indefere-se.

O ato atacado é de **04.10.88** — v. cf. DO Estado SP — fls. 55, que foi praticado com fundamento nos arts. 2º, inciso I, letra c, e 16, inciso I, da Lei Federal 5.836/72, combinados com os arts. 2º, inciso IV, e 3º, da Lei Estadual 186/73, e com o art. 40, inciso III, do Decreto-lei Estadual 260/70.

Quanto à Lei Federal 5.836/72, o art. 2º, inciso I, letra c, estabelece que é submetido ao Conselho de Justificação o oficial das Forças Armadas acusado oficialmente ou por meio lícito de comunicação social de ter praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe.

O art. 16, inciso I, dessa Lei Federal, estabelece que o Superior Tribunal Militar, caso julgue provado que o oficial é culpado de ato ou fato previsto na letra c, do inciso I, do art. 2º, é incapaz de permanecer na ativa, deve declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente.

Corresponde ao Superior Tribunal Militar nos limites do Estado de SP, o Tribunal de Justiça Militar do Estado, o qual concluiu pela culpabilidade de ato do recorrente previsto no inciso I, do art. 2º, da Lei Federal 5.836/72, para o fim de demissão ex-offício, com a perda do posto e da patente — fls. 49.

O recurso extraordinário interposto pelo recorrente foi inadmitido — fls. 50.

O fundamento da impetração e do recurso está no art. 18, dessa Lei, que tem a seguinte redação:

“Art. 18 — Prescrevem em 6 (seis) anos, computados na data em que foram praticados, os casos previstos nesta Lei.”

O artigo referido estabelecido que prescrevem em 6 (seis) anos “...os **casos previstos nesta lei**”, o que me conduz a verificar **quais são esses casos que essa lei se refere**, e daí encontrei o seguinte:

a) o caso em que o oficial é acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter: — procedido incorretamente no desempenho do cargo; — tido conduta irregular; — praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe (art. 2º, inciso I, letras a, b e c);

b) o caso do oficial ser considerado não habilitado para o acesso (art. 2º, inciso II);

c) o caso do oficial ser afastado do cargo por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício das funções militares (art. 2º, inciso III);

d) o caso do oficial condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial correspondente à segurança do Estado, em Tribunal Civil ou Militar, a pena restritiva de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença (art. 2º, inciso IV);

e) o caso em que o oficial pertença a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Estes são os **casos previstos** na Lei 5.836/72, que prescrevem em 6 (seis) anos, a teor do art. 18, dela mesma.

Os demais dispositivos se referem ao **procedimento** perante o Conselho de Justificação.

Nos autos se vê que o recorrente foi submetido ao Conselho de Justificação, porque teve contra si denúncia oficial “por ter praticado atos que afetam a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, visto que, desde o início do ano de 1970, até fins de abril de 1981, exerceu a função de advogado no escritório de advocacia, sita à Praça Carlos Prades nº 67, 3º andar, conjunto I, nesta Capital, onde manteve ligações com marginais freqüentadores daquele escritório, identificados como assaltantes de bancos, aos quais dava cobertura, providenciando-lhes documentos públicos falsos, e como Oficial Comandante da Guarda Militar da Casa de Detenção, conseguiu facilidades a marginais, seus clientes, junto àquele Estabelecimento Penal, acrescentando o fato de, em data de **16 de janeiro de 1981**, ter abandonado o serviço no período das 18:30 às 20:00 horas, ocasião em que esteve no seu escritório em companhia de outro advogado e marginais, quando aceitou como presente um automóvel de marca Volkswagen, tipo sedan, de cor amarela, oferecido por um dos marginais, mesmo sabendo que tal veículo fora objeto de roubo, providenciando, posteriormente, um transplante de peças e acessórios para seu veículo que se encontrava em péssimo estado de conservação, para finalmente, trocar esse auto transplantado por um outro de marca Chevrolet que fora adquirido no comércio do ramo, com dinheiro objeto de roubo a banco.”

Essa foi a acusação denunciada ao Conselho de Justificação contra o recorrente relativamente a fatos ocorridos em 1980 e 1981 e a própria acusação oficial se deu em **fevereiro/82**.

Tudo isso, **sem notícia nos autos de que tenha havido processo crime**, foi enquadrado pelo Conselho de Justificação, bem como pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado, **como caso em que** o oficial militar recorrente foi acusado de prática de ato que afeta a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe — é v. cf. fls. 49.

O caso está previsto na Lei 5.836/72, art. 2º, inciso I, letra c, e por isso sujeito ao prazo prescricional de 6 (seis) anos previsto no art. 18.

Tornando-se como termo *a quo*, como consta da denúncia de fls. 15, os fatos ocorridos em 1980 e 1981, no meu sentir **não se aplica o prazo prescricional previsto no art. 18, da Lei 5.836/72**, porque não levados ao conhecimento ou não do conhecimento do Conselho de Justificação, aplicando-se-lhe a legislação penal militar, e **não o procedimento** do Conselho de Justificação.

Sob esse fundamento acolho o parecer do Ministério Público Federal.

Portanto, formalizada a denúncia em fevereiro/1982 — fls. 15 — o Conselho de Justificação haveria de concluir os trabalhos e o Tribunal de Justiça Militar do Estado julgado o procedimento, no prazo de 6 (seis) anos, a contar daquela formalização.

O Ministério Público Federal destaca o seguinte — fls. 121/124:

“Como lucidamente salientou o Governador do Estado de São Paulo, em suas informações, “a extinção da punibilidade por prescrição, alegada pelo impetrante como fundamento basilar da impetração, não tem respaldo legal. Conforme consta do v. acórdão cuja cópia instrui a inicial, para citar somente um caso, o delito de receptação de um veículo Volkswagen, imputado ao impetrante, teria ocorrido em 16 de janeiro de 1981. A decisão da Corte Militar foi proferida em 10/07/86, ou seja, quase **cinco anos e meio** após os fatos, sem que houvesse consumada, portanto, a prescrição de **seis anos** prevista no artigo 18 da Lei Federal nº 5.836/72, aplicável à hipótese, conforme já assinalado, pela Lei Estadual nº 186/73. Por outro lado, o parágrafo único do artigo 18, acima referido, dispõe que ‘os casos também previstos no Código Penal Militar como crime prescrevem prazos nele estabelecidos. Ora, se o máximo da pena prevista no artigo 254 do Código Penal Militar para o crime de receptação é de 5 anos, é de se concluir que o prazo prescricional da ação disciplinar é de **12 (doze) anos**, segundo a regra do artigo 125, inciso IV, do mesmo Estatuto” (fls. 67/68).

No mesmo sentido, a manifestação do Ministério Público local: “Assim, tomando-se por base que o acórdão do Tribunal de Justiça Militar é datado de 10 de junho de 1986 (fls. 27), o impetrante não comprovou tivesse tal decisão sido juntada ao procedimento às vésperas de sua publicação em 30.12.86. Entretanto, quer se considere uma como a outra, os seis anos retroagirão até 30.12.86. A peça que pediu a instauração do

Conselho de Justificação — apesar de deficientemente xerocopiada — deixa claro que o impetrante praticou atos caracterizadores de indignidade para o oficialato até abril de 1981 (fls. 15/16). Idênticas conclusões são encontradas no acórdão (fls. 18/27). Logo, não se poderá falar em prescrição” (fls. 78).

Vale lembrar, como deixou assentado o Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, a propósito do Conselho de Justificação, que “neste processo não se busca a apuração de crime, mas segundo a lei, o procedimento incorreto, a conduta irregular ou a prática de ato que afete a honra pessoal ou o decoro da classe” (fls. 26/27). E, ainda, que, “tratando-se de atividade administrativa do Tribunal de Justiça Militar, destinada a apurar a indignidade para o oficialato, não estava aquele órgão (obrigado) a ingressar fundo na concreção da norma penal sobre o comportamento do recorrente. Esta atribuição — reconhecer a existência de crime e aplicar a pena — é jurisdicional e não administrativa. Por isso foi suficiente que o Tribunal de Justiça Militar relacionasse, pormenorizadamente, os atos praticados pelo recorrente os classificados como ‘comportamento criminoso’. O que equivale à afirmação da configuração do crime. Tanto isso é verdade que o recorrente não procurou demonstrar, quer na inicial quer nas razões de recurso, que os fatos articulados na decisão administrativa não tipificassem crime. Por derradeiro, o reconhecimento da indignidade do oficialato não dependia da prévia condenação pela prática de crime militar” (razões da Procuradoria-Geral da Justiça de São Paulo, fls. 114).

Com efeito, na lição sempre didática de HELY LOPES MEIRELLES, “a punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o funcionário, pela mesma falta, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos. Apurada a falta funcional, pelos meios adequados (processo administrativo, sindicância ou meio sumário), o servidor fica sujeito, desde logo, à penalidade administrativa correspondente... A punição interna, autônoma que é, pode ser aplicada ao funcionário antes do julgamento judicial do mesmo fato. E assim é porque, como já vimos, o ilícito administrativo independe do ilícito penal” (*in* Direito Administrativo Brasileiro, RT, 14^a ed., pág. 412).

Nem colhe o argumento de que a falta administrativa — no caso, prevista também como crime — ainda não resultou definitivamente reconhecida, em vista da interposição de recurso extraordinário. É que, como já foi estabelecido no Supremo Tribunal Federal, “processo de jus-

tificação. Policial Militar. Caráter administrativo da decisão, que, assim, não comporta recurso extraordinário. Precedente do STF. RE não conhecido” (RE 114.310-0-SP, Rel. Min. Célio Borja, 2ª Turma, unânime, in DJ de 08.04.88, pág. 7.479).

Para arrematar, breve referência aos fatos perpetuados pelo recorrente: “Prosseguindo no depoimento de Davi Machado da Silva, narra ele, com detalhes, o envolvimento dos componentes do mencionado escritório de advocacia com uma **quadrilha de assaltantes**. Da tentativa frustrada de assalto a uma indústria de algemas, ‘Chapina’, em Itaquaquecetuba, com a saída de Jefferson no automóvel, Elias e Gilberto, na fuga, a pé, furtaram um Volkswagen amarelo, placas de Poá, **que mais tarde foi oferecido de presente ao Ten. Brito**. Este, que possuía um Volkswagen modelo mais antigo necessitando reparos, não disse nem sim nem não, mas em outra ocasião ouviu do **próprio Tenente Brito que fizera um transplante da carroceria do auto furtado para o chassis do seu. Esse carro foi, posteriormente, trocado por um Chevette pertencente ao marginal Gilberto**”... (fls. 24).

É preciso dizer mais? Seria lícito à Justiça, anulando o ato de expulsão do recorrente, devolver um tal indivíduo aos quadros da Polícia Militar?

Nessas condições, estando evidente a plena legalidade — e mais do que isso, a absoluta legitimidade — do ato questionado, o parecer é no sentido do desprovimento do recurso.”

Nada a acrescentar.

Nego provimento ao recurso.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, o problema da prescrição, ante o que está deduzido, parece-me irrelevante. Basta o comportamento indecoroso do militar para se tornar indigno de pertencer à corporação. Disto não temos dúvida.

Por estas razões adiro ao voto do Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DE MINUTA

RMS nº 280 — SP — (9014344) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Adelino Carlos Brito de Alcântara. Impetrado: Governador do Estado de São Paulo. Recorrido: Estado de São Paulo. T.

Origem: Tribunal de Justiça de São Paulo. Advogados: Drs. João Baptista Caetano e José Paulo Carvalho Braga.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (em 30.05.90 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros José de Jesus, Garcia Vieira e Armando Rollemberg. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 340 — SP
(Registro nº 90.0002557-5)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Recorrente: *Pollone S/A Ind./ Com.*

Recorrida: *União Federal*

T. Origem: *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*

Impetrado: *Juízo Federal da 19ª Vara-SP*

Advogada: *Dra. Diana Webster Massimini*

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR CONDICIONADA À PRESTAÇÃO DE GARANTIA.

É cabível mandado de segurança contra ato judicial que nega medida liminar em outra segurança. Por ser garantia especial, a caução só se justifica em circunstâncias especialíssimas.

De outra parte, verificando-se os pressupostos contidos no art. 7º, inciso II, da Lei de regência, a concessão da liminar é imperativa, independente de qualquer condição.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, prover o recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 22 de abril de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: POLLONE S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO interpôs Recurso Ordinário ao v. acórdão proferido pela 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que restou assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEPÓSITO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 5º, LXIX, LEI 1.533/51, ART. 7º, II. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, ART. 151, II.

1. Consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, é cabível a utilização de mandado de segurança contra ato jurisdicional típico. Necessário, porém, para a concessão da ordem, que se demonstre que o ato judicial impugnado é ilegal ou abusivo.

2. A medida liminar prevista no inciso II do art. 7º da Lei nº 1.533/51 tem natureza cautelar, inserindo-se no âmbito do poder geral de cautela do Juiz. A decisão que, fundamentalmente, não concede liminar, não é passível de correção através mandado de segurança impetrado perante a superior instância, porque estaria o Tribunal suprimindo o juiz natural do processo em curso em primeira instância. Somente com demonstração de flagrante ilegalidade ou abuso de poder por parte do magistrado seria possível invalidar o ato, substituindo-o por outro que ponha cobro à ilegalidade ou abuso, circunstâncias inócuentes, no caso.

3. Depósito em mandado de segurança. Só é admissível quando determinado pelo Juiz como garantia de liminar

concedida. Se a liminar é negada, não há lugar para o depósito, só possível perante a Administração ou em Juízo, em ação anulatória de crédito tributário ou, ainda, em ação declaratória de nulidade de débito fiscal (C.T.N., art. 151, II; Lei nº 6.830/80, art. 38; Decreto-Lei nº 1.737/79, art. 1º, III; Lei nº 4.357/64).

4. Segurança denegada.”

Alega a Recorrente que, se por ocasião do recolhimento da contribuição social, ela não possuir uma medida judicial (liminar), que lhe garanta efetuar a operação sem o recolhimento do tributo que julga inconstitucional, outro caminho não haverá senão recolher tal tributo, e tal circunstância acaba por exaurir a via do mandado de segurança. Alega, ainda, que os pressupostos ensejadores da medida liminar estavam amplamente demonstrados na inicial.

O Recurso não foi contra-arrazoado (fls. 164/v.) e foi encaminhado a este Tribunal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo improviamento do apelo.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR CONDICIONADA À PRESTAÇÃO DE GARANTIA.

É cabível mandado de segurança contra ato judicial que nega medida liminar em outra segurança. Por ser garantia especial, a caução só se justifica em circunstâncias especiaisíssimas.

De outra parte, verificando-se os pressupostos contidos no art. 7º, inciso II, da Lei de regência, a concessão da liminar é imperativa, independente de qualquer condição.

Recurso provido.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): O Recurso em Mandado de Segurança nº 271-SP, de que fui relator, restou assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR CONDICIONADA À PRESTAÇÃO DE GARANTIA.

É cabível mandado de segurança contra ato judicial que nega medida liminar em outra segurança. Por ser garantia especial, a caução só se justifica em circunstâncias especiais.

De outra parte, verificando-se os pressupostos contidos no art. 7º, inciso II, da Lei de regência, a concessão da liminar é imperativa, independente de qualquer condição.

Recurso provido.”

Este é o mesmo entendimento daquele proferido no RMS nº 273/SP, relator o eminente Ministro Armando Rollemberg.

Após transcrever a ementa do acórdão no julgamento do MS nº 119.422, relatado pelo digno Ministro Carlos Mário Velloso na Segunda Seção do extinto T.F.R., aduziu:

“Ora, a Lei 1.533/51 expressamente estabelece no seu art. 7º, inciso II, que “ao despachar a inicial o Juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e o do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso deferida”.

Como se vê, verificando-se os pressupostos previstos na disposição, a concessão de liminar é obrigatória, e não pode depender de quaisquer condições.

Tem-se, portanto, que se o Juiz prolator da decisão concessiva de liminar considerou comprovados os requisitos para tal, não poderia exigir a efetivação do depósito.”

Nessa linha doutrinária, o insigne Subprocurador-Geral da República, Dr. Amir José Finocchiaro Sarti, ao emitir parecer pelo provimento do recurso no já citado RMS nº 271, sustentou:

“O mandado de segurança é uma garantia constitucional, cuja consistência, eficácia e utilidade, não raro, depende, exclusivamente, da **liminar**, que, tenha ou não natureza cautelar, sem dúvida faz por antecipar provisoriamente a tutela jurisdicional satisfativa. Por isso, a **liminar**, embora prevista apenas na lei que disciplina o processo do mandado de segurança, também deriva do mesmo berço nobre e participa, essencialmente, da dignidade constitucional do *writ*.

Como escreveu, com inteira propriedade, CLÓVIS BEZ-NOS, “entretanto, muito embora não exista a previsão constitu-

cional expressa da liminar, salta aos olhos que a mesma é absolutamente inerente ao próprio remédio constitucional, que, destinada à proteção de direito contra ato ilegal de autoridade, tornar-se-ia letra morta caso não se coibisse desde logo a ilegalidade, como nas hipóteses em que os efeitos do ato lesivo de direito viessem a ocasionar a irreversibilidade da lesão, pela demora do trâmite processual. Disso decorre, inelutavelmente, a conclusão da previsão constitucional **implícita** da liminar, pois não se poderia compreender tivesse pretendido o Constituinte prever um meio de defesa de direito eficiente algumas vezes e inócuo em determinadas circunstâncias” (A Liminar em Mandado de Segurança — Limites à Discricionariedade do Juiz, *in* Revista Brasileira de Direito Processual, ed. Forense, vol. 31, pág. 34).

Aliás, não é por outra razão que “a liminar na segurança se reveste de caráter imperativo para o Juiz” (GALENO LACERDA, Com. ao CPC, vol. VIII, tomo I, pág.). No mesmo sentido, o já invocado magistério de CLÓVIS BEZOS: “presente o fato da ineficácia da medida caso não se suspenda desde logo o ato impugnado, não resta ao Juiz qualquer margem de apreciação discricionária, no que tange à sua conveniência e oportunidade, devendo, por esse aspecto, inquestionavelmente conceder a medida liminar” (op. cit., pág. 35). E a lição, sempre oportuna, de HELY LOPES MEIRELLES: “A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem os seus pressupostos” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, 12ª ed., RT, 1989, pág. 50).

Ora, se assim é — havendo o extinto Tribunal Federal de Recursos chegado mesmo a afirmar que, ocorrentes os pressupostos no artigo 7º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, “surge para a parte o **direito subjetivo** à liminar” (MS nº 119.422-SP, Rel. Min. CARLOS MÁRIO VELLOSO) —, não se pode compreender, *data venia*, como possa o Judiciário, sem afronta à Constituição e agravo ao direito subjetivo individual, condicionar a prática de um ato vinculado e indisponível, como seja o deferimento de liminar quando presentes os seus requisitos de atuação, a uma exigência absolutamente discriminatória e desamparada de qualquer previsão legal, como o depósito de quantia em dinheiro.

Uma garantia constitucional não pode ficar subordinada a condição que, na prática, lhe retire toda consistência, eficácia e

utilidade; ou que a torne acessível apenas a determinadas parcelas da coletividade, aquelas economicamente abonadas.

Convém relembrar que “a liminar no *writ* é um adiantamento (provisoriamente) da tutela que se pretende obter a final (definitividade). Dest’arte, **nenhuma diferença substancial existe entre a liminar e a sentença final e ser proferida no pleito** em que ela foi deferida ou indeferida. Só divergem no seu alcance: provisório, numa, por conseguinte, resolúvel; definitivo na outra, por conseguinte apta a transitar em coisa julgada material” (J.J. CALMON DE PASSOS, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, Constituição e Processo, ed. Forense, 1989, pág. 47).

Assim, da mesma forma como seria absurdo imaginar que a concessão definitiva de mandado de segurança pudesse ficar condicionado à capacidade financeira do impetrante, também parece inaceitável pretender sujeitar a outorga de liminar a depósito em dinheiro, quando evidenciado o direito subjetivo à obtenção dessa tutela provisional. Porque essa exigência, como enfatizou o Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO no precedente invocado, “além de ilegal, é, também, inconstitucional. Inconstitucional porque representa estorvo ao ajuizamento da garantia constitucional do mandado de segurança. Amanhã, se alguém não tiver dinheiro para depositar, não terá a medida liminar. Vale dizer, a garantia constitucional do mandado de segurança não será utilizada, porque deverá pagar para discutir. O indivíduo ficará, assim, impedido de pedir a prestação jurisdicional através do *writ of mandamus*... essa exigência descabida consubstancia autêntica negativa de liminar” (fls. 69).

Além do mais, nas circunstâncias que se põem no caso concreto, parece esdrúxulo submeter a uma agressão patrimonial imposta como condição para o deferimento da liminar **devida**, justamente quem procurou socorrer-se no Judiciário contra a mesma agressão patrimonial **indevida**!

Tudo para não lembrar, como salientou o Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO em seu voto já tantas vezes citado, que “se a medida liminar tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, na forma do art. 151, IV, do CTN, não é possível que se faça uma outra exigência, a do item II do mesmo art. 151, vale dizer, o depósito do montante integral do débito” (fl. 67). Se a liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário, como exigir o desembolso de uma importância cuja própria exigibilidade está suspensa? A contradição é flagrante; e a tautologia a ressalta!”

A eminente Juíza Lúcia Figueiredo, em sua declaração de voto, discordou da corrente doutrinária do culto Dr. Fleury Pires, relator, e, após sintetizar seu pensamento, enfatizou:

“1. Relevante fundamento, embora conceito indeterminado, não tem carga valorativa; assim não pode ser aferido pelos “standards” subjetivos do magistrado. Antes pelo contrário, deverá, no caso, ser examinado objetivamente;

2. Quando se discute matéria constitucional, garantias fundamentais, haverá sempre relevância, se a tese também for estruturada plausivelmente;

3. A ineficácia da medida será avaliada em função do bem de vida pretendido; é dizer, o jurisdicionado tem o direito de não ser remetido *sic et simpliciter* à inadimplência, ou, então, a *solve et repete*.

Por assim também pensar, meu voto é provendo o recurso.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, em princípio, impera o mandamento da Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal que diz o seguinte:

“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Pelo que disse o Eminentíssimo Ministro Relator, não foi interposto nenhum recurso da decisão que negou a liminar, a não ser o mandado de segurança, quer dizer, este foi interposto antes de interposto o recurso próprio. Está bem claro pela Súmula que: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição” e, neste caso, é passível de recurso, ou seja, ele não entrou com agravo. O Supremo tem abrandado esse entendimento, e também outros Tribunais Superiores, quando há, por exemplo, perigo de dano irreparável, ilegalidade manifesta, etc. Mas, aqui, ele não interpôs sequer o agravo.

Peço vênia ao Sr. Ministro Relator, porque tenho uma certa ojeriza em conceder mandado de segurança só para dar efeito suspensivo ao recurso e, no caso, nem sequer foi interposto esse recurso. Esse mandado de segurança não teria o objetivo de dar efeito suspensivo a um recurso inexistente, porque o recurso não existe. Iríamos conceder a segurança para conceder a liminar. Não podemos, pois, o Juiz, dentro de sua

atribuição a negou. Cabe recurso desta decisão: o recurso é agravo, se não foi manifestado, não cabe mandado de segurança.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Sr. Ministro, se V. Exa. me permite, o agravo de instrumento, pela sua própria natureza jurídica, não tem efeito suspensivo. Acredito até que temos concedido mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao ato do Juiz. Se vamos decidir assim, redundaria na mesma, porque vamos conceder mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao ato do Juiz que gerou o agravo.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas o caso é diferente, porque não foi interposto o recurso próprio, pois cabe recurso da decisão do Juiz. Por isso é que lamento divergir de V. Ex^a, pois tenho admiração por V. Ex^a e tenho acompanhado seus votos brilhantes.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Estamos avançando um pouco mais, como alguns Tribunais já fizeram, porque se vamos conceder o mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao ato do Juiz, para que ...

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Temos decidido aqui neste sentido: concedemos a segurança para dar efeito suspensivo ao recurso que não tem esse efeito.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Não temos o poder de legislar. O Código de Processo diz que o agravo de instrumento não tem efeito suspensivo.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas, no caso, não poderíamos nem dar efeito suspensivo à decisão do Juiz, porque foi negativa, ele negou a liminar.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Se ele tivesse interposto agravo de instrumento, o mesmo subiria sem efeito suspensivo. Como consequência, teria que se entrar com mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao ato do Juiz que gerou o agravo, porque não podemos legislar. O Código diz que não tem efeito suspensivo. Pergunto a V. Ex^a: Estamos reconhecendo o direito líquido e certo de suspender o ato do Juiz? O mandado de segurança suspendeu o ato do Juiz.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: O fato aqui é muito mais grave. O ato é negativo, isto é, o Juiz negou a liminar. Caberia o recurso de agravo dessa decisão.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Ministro Garcia Vieira, sustento que a Constituição diz que os direitos líquidos e certos devem ser respeitados. Se o Juiz não respeita, por qualquer razão, ...

O SR. MINISTRO GARCIA VIERA: Entra com recurso próprio.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Mas cairíamos no mandado de segurança do mesmo jeito. Agora, quando o direito é translúcido, o direito à liminar ...

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Mas não foi interposto o agravo.

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (Relator): Não precisa. Teríamos duas medidas: uma preliminar, que seria agravo, e outra, o mandado de segurança, para dar efeito suspensivo ao ato do Juiz que o gerou. O agravo acaba ficando prejudicado, porque o dia que julgar essa segurança que antecede o agravo, este ficará prejudicado. Esse que é o detalhe.

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Eminentíssimo Ministro, se admitirmos o mandado de segurança impetrado contra uma negativa do Juiz de conceder a liminar, estaremos violando a Súmula nº 267 e o entendimento consagrado pelos nossos Tribunais, ou seja, se a decisão do Juiz é passível de recurso, tem que ser interposto o recurso próprio. Não podemos fazer essa subversão processual e admitir o mandado de segurança.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Presidente): Realmente, a princípio, a orientação dos Tribunais, do nosso antigo Tribunal Federal de Recursos, era essa que defende com afinco o Eminentíssimo Ministro Garcia Vieira; mas os Tribunais vêm evoluindo e, se houvesse o agravo posterior ao mandado de segurança, suspenderíamos o efeito suspensivo do agravo. Por que razão não vamos evoluir para assegurar à parte o seu direito que foi negado?

Acompanho o Eminentíssimo Ministro-Relator.

É como voto

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 340 — SP — (90.0002557-5) — Relator: Exmo. Sr. Ministro José de Jesus Filho. Recte.: Pollone S/A Ind./ Com. T. Origem: Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Impdo.: Juízo Federal da 19ª Vara-SP. Recda.: União Federal. Adva.: Dra. Diana Webster Massimini.

Decisão: A Turma, por maioria, vencido o Exmo. Sr. Ministro Garcia Vieira, proveu o recurso. (1ª Turma, em 22.04.91)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Garcia Vieira e Pedro Aciole. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Geraldo Sobral. Presidiu o o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 380 — DF
(Registro nº 9026393)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli*

Impetrantes: *João Carlos Palma Gordim e outro*

Impetrado: *Ministro de Estado do Exército*

Advogados: *Drs. Hélio Gonçalves e outro*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA. PROMOÇÕES. CRITÉRIOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. EFEITOS FINANCEIROS. ART. 8º, ADCT, E ART. 4º, DA EC 26/85.

I — Do confronto do art. 4º, da EC 26/85, e a interpretação fixada pelo Tribunal, o art. 8º, do ADCT, contém uma pequena parte do alcance daquela norma restritiva, ao passo que esta é ampla e consagra em si mesma a própria natureza de ato administrativo.

II — O art. 8º, do ADCT, que concede a anistia, asseguradas as promoções na inatividade ao posto “a que teriam direito se estivessem em serviço ativo”, acrescenta que há necessidade de serem “respeitadas as características e peculiaridades das carreiras e observados os respectivos regimes jurídicos.”

III — Não se aplicam aos anistiados as características, as peculiaridades e o regime jurídico atinentes ao critério subjetivo de merecimento e escolha e ao objetivo de curso de formação, mas aplicam-se-lhes o critério objetivo de antigüidade, por estar na inatividade.

IV — As vantagens devidas são apenas aquelas inerentes às promoções, com efeito financeiro a partir da promulgação da Constituição.

V — Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e

notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 12 de junho de 1990 (data do julgamento).

Ministro CARLOS VELLOSO, Presidente. Ministro PEDRO ACIOLI, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Cuida-se de segurança impetrada por João Carlos Palma Gordim e outro, com a finalidade de serem promovidos na carreira militar, conforme discriminam seu pedido.

Em análise do pedido, a douta SGR analisou, sucintamente, a *quaestio*, assim tendo historiado:

“1) foram incorporados à Força, respectivamente em 05.3.52 e 15.11.56, em carreira cujo posto final é o de Capitão, tendo sido atingidos pelo Ato Institucional nº 1, como 3º Sargentos;

2) beneficiaram-se sucessivamente das anistias de 1979 e 1985, tendo sido primeiramente reformados na mesma graduação e, depois, promovidos na inatividade a Subtenentes;

3) julgando-se com direito, requereram, o primeiro, promoções sucessivas, a partir da data que indica, até o posto de Capitão; o segundo, também nas datas que indica até o posto de 1º Tenente, além das vantagens que especifica, requerimento esse administrativamente indeferido.

Daí porque impetram o presente Mandado de Segurança para obterem judicialmente o que lhes fora negado anteriormente” (fls. 219/220).

As informações da autoridade apontada coatora repousam às fls. 197 *usque* 217.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Relator): Na assentada em que foi julgado o MS nº 257-DF, proferi voto-vista no seguinte teor:

“2 — Diz o impetrante o seguinte: (fls. 03/04)

‘O impetrante nasceu em 17.09.1924, incorporou-se no Exército como soldado em 02.02.1942, iniciando assim sua carreira militar. Fez todos os cursos “CRAS” e outros, e exigências técnicas para galgar todas as graduações e postos exigidos por leis militares e ainda se especializou no curso de Paraquedismo, possuindo o Curso de Mestre do Salto. Foi Cabo, 3º Sgt., 2º Sgt., 1º Sgt. e em 30.09.1957 foi promovido à graduação de Subtenente.

Sua vida militar foi uma das mais dignas, sempre elogiado pelos seus Comandantes, teve mais de 50 elogios. Como cidadão fez doações de sangue a seus semelhantes. Possuidor de curso científico (conforme suas alterações DOC. fls 30/71) já na época e instrução universitária (cursos de relações humanas, liderança, psicologia profunda, sociologia, relações públicas, ciências sociais).

Com o primeiro de abril de 1964 foi reformado proporcionalmente ao tempo de serviço pelo Ato Institucional nº 1, na graduação de Subtenente, sendo um dos Subtenentes mais jovens do Exército, tinha a idade de 40 anos, com estabilidade assegurada pela Constituição.

Quando jovem serviu na zona de guerra, na sua juventude daria a vida salvar a Nação, por uma Lei Especial foi-lhe assegurado uma promoção no momento em que fosse reformado.

Não respondeu IPM, não foi denunciado na Justiça Militar, não respondeu investigação sumária exigida pelo ato e pelo Decreto 53.897, de 24.04.64, não teve qualquer julgamento com direito a defesa, estava no comportamento excepcional, se não fosse a perseguição política. Sua brilhante carreira militar conquistada através de concursos, suas aptidões físicas, moral, profissional e técnica, que prestou à Nação foi arbitrariamente interrompida, causando sérios prejuízos morais perante sua vida civil e familiar, pelo abalo moral, psíquico e patrimonial irreparável. Ato nulo de pleno direito.

Sua carreira militar foi deixada pela metade, seu objetivo de vida inacabado, seus cursos, concursos, exigidos pelas leis militares, todos estes esforços físicos, intelectuais, foram frustrados. Preenchia e preenche todos os requisitos que assegura o posto de Capitão no QAO e que ficaram prejudicados, determinados pelas Leis 3.222, de 21.07.57, e Decreto 42.251, de 06.09.57. Possui o CAS desde 1948 (DOC. fls 28).

Com a Lei 6.683/79, foi anistiado, não lhe concedera o status da promoção assegurada por direito adquirido pela Lei

1.156/50, só os proventos e lhe transferiram para a reserva remunerada na graduação de Subtenente e lhe concederam como tempo de serviço 40A 01M 02D (DOC. fls. 72).

Com a EC 26/85, que assegurou as promoções como se na ativa estivesse permanecido, não recebeu nenhuma promoção e nenhum benefício, novamente negaram o seu direito adquirido de uma promoção assegurada por Lei Especial nº 1.156/50 aos que prestaram serviço na zona de guerra.

De acordo com a nova Constituição no seu art. 8º do A.D.C.T., que determinou e assegurou as promoções sendo um ato explícito, requereu os benefícios do art. 8º as promoções de 2º Ten. a contar de 25.12.64, promoções sucessivas de 1º Ten., Capitão, a promoção especial de Major, mais de 35 anos, os proventos de TenCoronel, assegurados pelos Estatutos dos Militares e Lei de Remuneração.

Tudo conforme seus paradigmas remanescentes de menor nível hierárquico: (DOC. fls. 73 a 79)

Armando Nelson Moretti — Subtenente 30.09.57

Marcírio de Souza Carpes — Subtenente 30.09.57

Osmar Ramos de Oliveira — Subtenente 31.01.58

Ermelindo Santos Crisa — Subtenente 31.01.58

Francisco da Costa Brandão — 1º Sgt. 30.09.55

José Ferreira Guina — 1º Sgt 30.06.59

Alberto Alvim — 1º Sgt. 28.02.58

Israel de Souza Peixoto — 1º Sgt. 28.02.58

Tito Wilson Lobo da Silva — 1º Sgt. 28.02.58

Cita e prova que (DOC. fls. 80 a 86):

Armando Nelson Moretti — 2º Ten. 25.12.63

Marcírio de Souza Carpes

Osmar Ramos de Oliveira 2º Ten. 25.05.64 1º Ten.
25.04.66 Capitão 25.04.69

Benedito Gouvea Filho mudou de QM, foi para o Quadro de Dentista 1º Ten. 25.12.60 Capitão 25.12.63

Alberto Alvim 2º Ten. 25.04.65 1º Ten. 25.04.67 Cap.
25.12.72

Israel de Souza Peixoto 2º Ten. 25.08.65 1º Ten. 25.08.67
Cap. 25.08.73

Tito Wila Lobo da Silva 2ª Ten. 25.08.65 1º Ten.
25.08.67 Cap. 25.05.73.

José Ferreira Guina 2º Ten. 25.12.64 1º Ten. 25.12.68
Cap. 25.04.72

Francisco da Costa Brandão 2º Ten. 25.04.65 1º Ten.
25.04.67 Cap. 25.08.72

Ermelindo Santos Grisa 2º Ten. 25.04.63.'

3 — Vale mencionar os termos do pedido do impetrante:
(fls. 23/24).

'1) As promoções de 2º Tenente a contar de 25.12.64, 1º Tenente a contar de 25.12.68 e Capitão 25.04.72, de acordo com a Lei 3.222/57 e o Decreto 42.251/57, de conformidade com seus paradigmas que foram promovidos nestas datas.

2) Ao status da promoção de Major assegurado por Lei Especial nº 1.156/50, porque serviu em zona de guerra — Esta promoção é assegurada no momento de sua transferência para a reserva.

3) O tempo de serviço como determinam os Estatutos dos Militares que estava em vigor na época — Lei 5.774, de 23.12.71 — arts. 139-140 e 141.

ART. 140 — Tempo de serviço é o espaço de tempo computado dia a dia entre a data de incorporação e a data-limite estabelecida para a contagem ou a data do desligamento do efetivo serviço, mesmo que tal espaço de tempo seja parcelado.

O Impetrante ingressou em 02.02.1942 — nasceu em 17.09.1924. "O único requisito exigido idade de permanência em atividade" — conforme art. 102, *b* — Capitão — 56 anos. A compulsória o atingiria em 17.09.80 — 38A 07M 15D.

ART. 141 — V — tempo relativo a férias não gozadas, contado em dobro.

02A 00M 00D — já assegurado pela Lei 6.683/79, já incorporado em seu patrimônio.

TOTAL — 40A 07M 15D

4) São direitos dos militares, Lei 5.774:

ART. 54 — II — a percepção de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria da mesma, quando, ao ser transferido para a inatividade, contar mais de 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se oficial, e mais de 30 (trinta) anos de serviço, se praça.

"a" — a estabilidade, quando praça com 10 (dez) anos ou mais anos de tempo efetivo de serviço.

5) Conforme o art. 57 c/c a Lei de Remuneração Geral nº 5.787, de 27.06.72.

5.1 Provento integral do posto imediato, ou seja, Ten-Coronel.

Porque Capitão situação normal — tem direito da promoção especial da Lei 1.156/50 — Major.

Ter mais de 35 anos — o direito do benefício da melhoria do soldo imediato que é Ten-Coronel.

5.2 Gratificação de tempo de serviço, arts. 19 e 20 da Lei 5.787 — tem o direito a 8 (oito) quinquênios, ou seja, 40%.

5.3 I.Hab.Mil. — Decreto 96.877, de 29.09.88 — art. 1º, III — elevado para 110%.

5.4 I.Adic.Inat. — Decr. 96.877, de 29.09.88, art. 10, I — 5% (cinquenta e cinco por cento) quando o tempo computado for de 40 (quarenta) anos.

5.5 In.Comp.Orgânica — 10/10 de 40% do soldo do posto de Capitão — arts. 63 e 68 da Lei 5.787. Como o Impetrante serviu no Núcleo de Paraquedismo e sendo Mestre de Salto é beneficiário da gratificação.'

4 — O ilustre Relator Ministro Garcia Vieira deferiu em parte o mandado de segurança, para o fim de conceder as promoções até o posto de Capitão com efeitos financeiros a partir da impetração.

5 — Já o Ministro Vicente Cernicchiaro acompanhou o Relator acrescentando que os efeitos financeiros se contam a partir da promulgação da Constituição de 1988.

6 — A impetração está bem instruída.

7 — No precedente de minha lavra a que se refere o impetrante, procurei objetar o alcance daquele ato, porque, como já disse, o art. 8º, do ADCT, não é norma e nem preceito é um ato constitucional.

8 — O voto que expressei naquela oportunidade foi buscando o alcance do artigo e, agora, neste voto-vista, diante das preocupações da autoridade impetrada, fui buscar os precedentes do Tribunal acerca da interpretação dada ao art. 4º, da Emenda Constitucional 26/85, sobretudo porque a ela aludem as informações e o Ministério Público Federal.

9 — Ao volver sobre este tema se fez necessário conferir se havia repetição de mandados de segurança com os mesmos impetrantes, buscados no arquivo do Tribunal e nos precedentes citados.

10 — Mas não encontrei duplicidade de pedidos, ao passo que verifiquei já existir no Tribunal interpretação fixada ao art. 4º, da EC 26/85, daí porque inicialmente faço transcrever o seu teor:

‘Art. 4º. É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no *caput* deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.’

11 — Quanto a esta norma, o Plenário do Tribunal fixou-se o alcance do § 3º, do art. 4º, da EC 26/85 nas coordenadas básicas de que ali não se conferiu “aos anistiados mais direitos do que antes possuíam” e que “não se previu aí a promoção dos beneficiados pela anistia ao posto ou graduação que poderiam atingir se estivessem em atividade, e sim aquilo a que teriam direito, se não houvessem sido transferidos para a reserva.”

12 — Fixou-se essa tese a partir do julgamento do MS 115.109-DF, *in* DJ 15.10.87, no qual acentuou o Relator que:

‘No mérito, penso que a interpretação dada ao § 3º do artigo 4º da Emenda 26/85, pela digna autoridade impetrada, está correta.

Estavam, ambos, na reserva remunerada com a graduação de 3º Sargento. Após a referida Emenda Constitu-

cional, por aplicação da anistia, foram parcialmente atendidos em sua pretensão, tendo sido contemplados, com escala sobre as graduações intermediárias, a Subtenentes. Daí por diante, para ingresso no Quadro Auxiliar de Oficiais (QAO), teriam os impetrantes que preencher os requisitos previstos nos regulamentos vigentes, como consta expressamente da ressalva constante da parte final do § 3º do art. 4º da Emenda Constitucional em exma. Entre esses requisitos, o Regulamento aprovado pelo Dec. 90.116, de 29.8.84, alterado pelo de nº 92.962, de 21.7.86, estipula o critério de merecimento e a idade máxima de 53 anos, 11 meses e 29 dias, na data da promoção. Note-se que essas exigências já constavam do Dec. 90.116/84, art. 4º, anterior à anistia, seja quanto ao merecimento, seja quanto à idade, ainda mais reduzida.

O segundo impetrante, OSVALDO SILVA, atingiu a idade-limite em 13.8.85 (fls. 90). E, com relação a ambos, “se estivessem em serviço ativo” (exigência expressa da Emenda Constitucional), seria imprescindível para o ingresso no Quadro Auxiliar a apuração do merecimento, por critérios regulamentares, aferidos na esfera administrativa, a qual não pode ser simplesmente suprimida ou substituída pelo Poder Judiciário.

Não tinham, pois, se na ativa, direito líquido e certo às promoções até o posto de Capitão, no Quadro Auxiliar de Oficiais. Como a anistia concede-lhes somente “as promoções... ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo” (§ 3º do art. 4º da EC 26/85), a conclusão a que chego é que, por via de conseqüência, não se lhes conferiu, com a anistia, mais direito do que antes possuíam. Em outras palavras: se antes não possuíam direito líquido e certo ao ingresso no Quadro de Oficiais, continuam nessa mesma situação, após a anistia.

Diferente seria se tivessem sido colhidos pela punição quando já preenchidas as condições regulamentares para a promoção, o que não é o caso, como se demonstrou.

13 — Nessa linha, o impetrante deveria à data da punição estar preenchendo as condições regulamentares para a promoção, interpretação portanto restritiva.

14 — Agora, por outro lado, se faz mister que transcreva o disposto no art. 8º e § 1º, do ADCT, para confronto, a fim de que se possa verificar se a interpretação a ser dada ou a firma-

da no precedente de que fui Relator se ajusta à “medida de interesse público, editada por generosa inspiração política e jurídica, para assegurar a paz social, apagando da memória do País fatos, considerados delituosos, em determinado momento histórico-condicionado. Assim, quer na esfera administrativa, quer na aplicação judiciária, as leis de anistia devem ter a interpretação mais ampla possível para que suas normas assumam adequação, eficácia e grandeza” in AC 83.735-RJ, in DJ 28.02.85, *apud* voto Min. Carlos Velloso, no MS 113.488-DF, in DJ 19.09.88.

15 — Como disse antes o texto constitucional do art. 8º, do ADCT, é do seguinte teor:

“Art. 8º É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 1º O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.”

16 — Do texto, fazendo o confronto com o da EC 26/85, art. 4º, e a interpretação fixada pelo Tribunal, vislumbro que o art. 8º, do ADCT, contém uma pequena parte do alcance daquela norma restritiva, ao passo que esta é ampla e consagra em si mesma a própria natureza de ato administrativo.

17 — A atual disposição constitucional não é restritiva, é ampla e não sambarca a interpretação fixada pelo Tribunal nos precedentes de que mencionei.

18 — Mantenho o meu entendimento que espousei no MS 109-DF, in DJ 02.10.89, que foi nessa linha.

19 — A teor do art. 8º, do ADCT, a anistia é concedida a todos aqueles que foram atingidos por atos de exceção, institucionais ou complementares em decorrência de motivação exclusivamente política.

20 — Esse ato constitucional, porque assim entendo, afirma que ficam “asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo”.

21 — A clareza do ato não deixa dúvidas acerca do direito às promoções do impetrante.

22 — Verifico que existem as seguintes categorias de militares: a — militar da ativa; b — militar da reserva remunerada e c — militar na inatividade.

23 — A autoridade impetrada afirma que a promoção haveria de proceder a aferição de certos requisitos objetivos e subjetivos, além do curso de formação de Sargentos.

24 — O art. 8º, do ADCT, que concede a anistia, asseguradas as promoções na inatividade ao posto “a que teriam direito se estivessem em serviço ativo”, acrescenta que há necessidade de serem “respeitadas as características e peculiaridades das carreiras e observados os respectivos regimes jurídicos.”

25 — Entendo que é melhor verificar o alcance dessas expressões constantes do artigo 8º, que no seu todo, quer dizer que a anistia é concedida, está concedida, e ficam asseguradas as promoções na inatividade ao posto, graduação ou cargo, só que o artigo colôca três condicionantes ao serem dadas as promoções, quais sejam, ao serem realizadas ditas promoções não de ser respeitadas as características da carreira; não de ser respeitadas as peculiaridades da carreira; e há de ser observado o regime jurídico da carreira.

26 — Pois, para isso, há necessidade que a autoridade impetrada ao fazer as promoções na inatividade observe as características, as peculiaridades e o regime jurídico da carreira do militar na inatividade e só, nada mais.

27 — A autoridade administrativa pelo conteúdo do art. 8º, do ADCT, está impedida de trazer ou invocar normas das carreiras dos militares da ativa ou da reserva remunerada, para serem aplicadas aos militares na inatividade.

28 — Ao obedecer as características, as peculiaridades e o respectivo regime jurídico, se o impetrante, estivesse na atividade as promoções ao posto de Capitão se dariam pelo critério objetivo de antigüidade e cursos de formação e pelo critério subjetivo de merecimento e escolha.

29 — No caso o impetrante esteve fora da carreira militar por força de um ato de exceção, daí não se lhe aplicam as características, as peculiaridades e o regime jurídico atinentes

ao critério subjetivo de merecimento e escolha e ao objetivo de curso de formação, mas aplicando-se-lhe o critério objetivo de antigüidade, por estar na inatividade.

30 — Alude, ainda, o seguinte: “respeitadas as características e peculiaridades das carreiras” e, no caso, a carreira de que fez parte o impetrante é a do Quadro de Acesso, ou seja, o chamado QOA e QOE, que ao máximo os seus postulantes só chegam ao posto de Capitão, por promoção, e na inatividade, com os proventos de Major, acompanhando pois os paradigmas.

31 — Os paradigmas, que para o caso entendo devam ficar bem demonstrados, foram apresentados e delineados pelo impetrante, pois, assim já me manifestei no MS 109-DF, *in* DJ 02.10.89.

32 — Por outro lado, o § 1º desse artigo assegura os efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição de 1988.

33 — Ora, esses efeitos financeiros são aqueles decorrentes das promoções.

34 — As vantagens a que fez jus são apenas aquelas advindas das promoções e não genericamente como quer o impetrante”.

Não discrepa do precedente trazido à colação, o presente pedido. As razões são as mesmas, e assim, defiro a segurança tão-somente para assegurar aos impetrantes as promoções aos postos pleiteados, restritas as vantagens inerentes às promoções, com efeitos financeiros a partir da promulgação da CF de 1988.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O EXMº SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Senhor Presidente, *data venia* do Eminentíssimo Ministro-Relator e dos Eminentíssimos Ministros que o acompanharam, denego a segurança, nos termos do voto que proferi nesta assentada, no Mandado de Segurança nº 299, que teve como Relator o Eminentíssimo Ministro Geraldo Sobral.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, nos termos do voto por mim proferido nesta assentada, no Mandado de Segurança nº 299, de que foi Relator o eminentíssimo Ministro Geraldo Sobral, acompanho o Sr. Ministro Ilmar Galvão.

VOTO — VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE CERNICCHIARO: Sr. Presidente, *data venia*, denego a segurança, nos termos do voto do Mandado de Segurança nº 299.

EXTRATO DE MINUTA

MS n. 380 — DF — (9026393) — Relator: Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli. Impetrantes: João Carlos Palma Gordim e outro. Impetrado: Ministro de Estado do Exército. Advogados: Drs. Hélio Gonçalves e outro.

Decisão: “A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus e Vicente Cernicchiaro, deferiu o mandado de segurança” (em 12.06.90 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Américo Luz, Geraldo Sobral e Garcia Vieira votaram com o Sr. Min. Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro CARLOS VELLOSO, em razão da ausência, justificada, do Sr. Ministro ARMANDO ROLLEMBERG.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 535 — SP (Registro nº 90.71224)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *José Luiz Penariol*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Juízo de Direito de Palmeira D'Oeste*

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

Advogado: *Dr. José Luiz Penariol*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITOS DO ADVOGADO. ESTATUTO DA O.A.B. RECEBIMENTO DE AUTOS FINDOS, INDEPENDENTEMENTE DE PROCURAÇÃO.

Constitui direito do advogado, assegurado por lei, receber os autos dos processos judiciais ou administrativos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias, quando se tratar de autos findos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de agosto de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de segurança impetrada pelo advogado José Luiz Penariol contra ato do Dr. Juiz de Direito da Comarca de Palmeira D'Oeste-SP, consubstanciado na negativa de vista dos autos do Inquérito Policial nº 10/73, arquivados por decisão judicial.

Lastreou-se a autoridade impetrada, para **negar vista fora do cartório**, no art. 89, XIV, da Lei nº 4.215/63 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), combinado com o art. 40 do Código de Processo Civil vigente.

Alega o impetrante, em suas razões de fls. 39/46, que a vista requerida tem suporte no inciso XVIII, do Estatuto da OAB, que lhe assegura vista, fora do Cartório, pelo prazo de dez (10) dias.

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, às fls. 33/36, por votação unânime, denegou a segurança, argumentando que o art. 89, inciso XVIII, da Lei nº 4.215, fora revogado pelo atual Código de Processo Civil.

No seu recurso ordinário, repisa o autor as alegações iniciais.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou nos autos pelo desprovimento do recurso, tendo retificado oralmente seu parecer na sessão de julgamento.

Passei, então, a reestudar o assunto.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: O despacho denegatório indeferiu a pretensão porque o requerente “não é procurador de nenhuma das partes envolvidas neste findo inquérito policial, por isso não poderá retirar os autos de Cartório. Terá direito a examiná-los em Cartório, podendo copiar peças e tomar apontamentos (art. 89, XIV, da Lei 4.215/63 c/c art. 40 do CPC) — fls. 12-v.

A questão deixa certa dúvida e enseja controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência.

Rendo-me, porém, até por amor à coerência, diante de pronunciamento recente desta Turma, à tese do advogado impetrante.

Com efeito, em sessão de 18 de março último, decidimos, à unanimidade, no Recurso em Mandado de Segurança nº 126-SP:

“O art. 89, XVIII, da Lei nº 4.215/63, não foi revogado pelo art. 40 do CPC. Continua em plena vigência.

Dou provimento ao recurso para assegurar ao advogado o direito de ter vista de autos findos fora do Cartório” (Min. Peçanha Martins).

A hipótese, como se vê, não é a do inciso XIV — **examinar** os autos de processos findos ou em andamento — mas a do inciso XVIII: receber os autos referidos no inciso anterior (processos judiciais ou administrativos, de qualquer natureza), mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias, quando se tratar de autos findos.

Em tal hipótese, o requerimento não poderia ser indeferido sob pena de ferir direito garantido por disposição de lei.

Realmente, o art. 40, do Código de Processo Civil em vigor, não disciplinou a espécie, até porque não tratou de inquéritos ou processos criminais.

Por isso é que, melhor examinando a matéria, dou provimento ao recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Presidente): Dou provimento ao recurso, para aplicar rigidamente a regra do Estatuto dos Advogados.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 535 — SP — (90.71224) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Recte.: José Luiz Penariol. T. Origem: Tribunal de Justiça do

Estado de São Paulo. Impdo.: Juízo de Direito de Palmeira D'Oeste. Recdo.: Ministério Público do Estado de São Paulo. Adv.: Dr. José Luiz Penariol.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 05.08.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 557 — AM
(Registro nº 9000078032)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrentes: *Jerônimo José Sá Peixoto Pinheiro e outros*

Impetrado: *Governador do Estado do Amazonas*

Advogado: *José Paiva de Souza Filho*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DEMITIDOS COM BASE EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO, AO FATO, PENALIDADE MAIS GRAVE DO QUE A CONSIGNADA NA LEI. IMPOSSIBILIDADE.

Os elementos fáticos devidamente comprovados e complexas questões jurídicas não afastam o cabimento do Mandado de Segurança.

É nulo o Ato demissório que não contém a menção expressa da causa da sanção e seu fundamento legal, consoante dispõe a Lei de regência (art. 102 do Estatuto dos Funcionários do Estado da Amazônia).

O ato punitivo, ainda que na esfera administrativa, deve observar, estritamente, a cominação expressamente prevista na Lei, não podendo, o funcionário faltoso, ser punido com pena disciplinar mais grave do que aquela aplicável ao caso específico e correspondente à falta (ou ilícito) praticada.

Recurso provido para conceder a Segurança.

Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade conceder a segurança, sendo que o Ministro GARCIA VIEIRA a concedeu em menor extensão, isto é, com efeito financeiro somente a partir da impetração. Na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra o Exmo. Sr. Governador do Amazonas, que demitiu os impetrantes JERÔNIMO JOSÉ PEIXOTO PINHEIRO, JOSÉ VICTOR SANTANA e VICENTE CORRÊA DE SOUZA, por terem participado de greve, com base em inquérito administrativo.

O Tribunal *a quo* denegou a segurança (folhas 167/172) afirmando que o mandado requeria exame dos elementos fáticos do inquérito, donde o direito dos autores não seria líquido nem certo, além de que o fato de existir o inquérito descaracterizaria possível ilegalidade.

Admitido o recurso ordinário, vieram os autos a este Superior Tribunal de Justiça, opinando a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo improvimento do recurso (folhas 196/197), considerando, em síntese, não haver direito líquido e certo dos impetrantes.

Ainda o parecer apontou o fato de não ter havido intimação da autoridade recorrida e do Ministério Público Estadual para manifestarem-se acerca do recurso, o que foi sanado com a devolução dos autos ao Tribunal de origem.

Com a transferência do primitivo relator, o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro, vieram-me os autos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Entendo a questão, *venia concessa*, diversamente do ilustre representante do Ministério Público Federal.

Os impetrantes alegam na peça exordial, em rápido resumo, o seguinte:

a) o próprio inquérito administrativo que serviu de base para sua demissão pela autoridade impetrada concluiu que os fatos que se lhes atribuíram não eram graves o suficiente para ensejar a pena de demissão, mas apenas a de suspensão (folhas 80/81), bem como que não houve prejuízos ao Poder Público;

b) a decisão do Secretário de Estado da Administração (folha 158), agravando a conclusão da Comissão de Inquérito de suspensão para demissão, baseou-se no Decreto-lei nº 1.632/78, sendo por consequência abrangido, o ato demissório, pela anistia deferida pelo artigo 8º, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

c) os atos de demissão contêm vício formal grave (folhas 93/94), por não conter a menção expressa da causa da sanção e seu fundamento legal, exigidos pelo artigo 102 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Amazonas;

d) os fatos que motivaram a demissão — participação em greve ou seu incitamento — não são previstos no aludido Estatuto como causa de desligamento, mas apenas de suspensão.

Postos os fatos e os argumentos dos autores, cabe de pronto afastar o fio condutor do acórdão recorrido, de que não há direito líquido e certo na hipótese. Ora, o direito dos impetrantes é o de permanecerem nos respectivos cargos e não serem demitidos senão com base na lei, o que entendo não ter ocorrido.

O fato de a exata compreensão do litígio, em sede de mandado de segurança, demandar o exame de elementos fáticos ou complexas questões jurídicas não desfigura o cabimento do *mandamus* nem o direito líquido e certo.

Superada a alegação, examina-se a legalidade dos atos guerreados. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Amazonas dispõe em seu artigo 150 (folha 97):

“Art. 150 — Ao funcionário é proibido:

XVI — Incitar greves ou delas participar ou praticar atos de sabotagem contra o serviço público;”

Em seguida vem o artigo 159, *caput* (folha 98), com a seguinte dicção:

“Art. 159 — A pena de suspensão, que não excederá a noventa dias, será aplicada em casos de falta grave ou de reincidência.”

Por fim, tem-se o artigo 161, nestes termos (folha 99):

“Art. 161 — A pena de demissão será aplicada nos casos de:

XII — Transgressão de quaisquer dos itens IV, V, VI, VII e IX do artigo 150.”

Vê-se pois claramente que os fatos atribuídos aos impetrantes não estão capitulados como ensejadores da sanção demissória. Sendo administrativo o ato de afastamento dos servidores, está evidentemente sujeito ao princípio da legalidade, de sorte que não poderia exorbitar dos limites traçados no estatuto do funcionalismo, pena de nulidade.

No caso vertente inda mais a legalidade ressalta-se, por ter a Comissão de Regime Disciplinar unanimemente concluído que a falta praticada pelos indiciados “não trouxe prejuízos ao Poder Público” e que foi grave “mas não tanto que possa autorizar a pena máxima” (folha 81). Mostra-se pois arbitrário o ato da autoridade que exorbitou da previsão legal e desconsiderou a conclusão do processo que o instruiu.

Há ainda o vício formal de que os atos de demissão não mencionam expressamente seu fundamento legal, em oposição ao artigo 102 do Estatuto.

Por último, o despacho do Secretário de Administração que agravou o resultado da Comissão Disciplinar e que fundamentou a decisão do Exmo. Sr. Governador do Amazonas (folha 158) arrimou-se no artigo 6º do Decreto-lei nº 1.632, de 04 de agosto de 1978. Ocorre que o artigo 8º, § 5º, das Disposições Constitucionais Transitórias, anistiou os servidores públicos civis e os empregados em todos os níveis de governo que foram demitidos em decorrência do citado decreto-lei. Porém, mesmo que não houvesse tal anistia, continuaria nulo o ato, pelas razões já expendidas.

Em face do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso para conceder a segurança, nos termos do pedido.

É como voto.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Concedo o mandado de segurança para anular o ato, como o Eminentíssimo Ministro-Relator está concedendo, mas com os efeitos financeiros somente a partir da impetração.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 557 — AM — (9000078032) — Rel.: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Jerônimo José Sá Peixoto Pinheiro e outros. Impdo.: Governador do Estado do Amazonas. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Adv.: José Paiva de Souza Filho.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a segurança, sendo que o Ministro Garcia Vieira a concedeu em menor extensão, isto é, com efeito financeiro somente a partir da impetração.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Gomes de Barros, Pedro Acioli e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 582 — SP

(Registro nº 90.8600-0)

Relator: *Sr. Ministro Américo Luz*

Recorrentes: *Auto Ônibus Soamin Ltda. e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrados: *Secretário da Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo, Presidente da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A — EMTU-SP*

Recorridos: *Fazenda do Estado de São Paulo, Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A — EMTU-SP*

Advogados: *Aires Fernandino Barreto e outros, Anadil Abujabra Amorim Mendonça Alves e outro*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSIONÁRIAS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. INSURGÊNCIA CONTRA COBRANÇA INSTITUÍDA PELA RESOLUÇÃO SHDU-42, DO SR. SECRETÁRIO DE HABITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO URBANO DO ESTADO DE SÃO

**PAULO. TAXA. PREÇO PÚBLICO. TARIFA. DIFEREN-
CIAÇÃO. PODER DE POLÍCIA. CONTRATO ADMI-
NISTRATIVO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA
EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.**

Alegação de tratar-se de retribuição pecuniária aos serviços prestados pela EMTU, os quais possuem natureza contratual e configuram preço público ou tarifa. Improcedência da alegação. Natureza tributária da malsinada cobrança que, para sua legalidade, somente poderia ser instituída por lei.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 30 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Permissionárias de transporte coletivo de passageiros na região metropolitana de São Paulo, empresas qualificadas na inicial, impetraram segurança contra ato do Sr. Secretário de Habitação e Desenvolvimento Urbano, consistente na Resolução SHDU-42, de 23.05.89, via da qual instituiu-se a cobrança, pela Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo, de determinada importância, a ser paga pelas empresas operadoras do sistema de transporte coletivo regular de passageiros por ônibus, bem como das empresas operadoras dos serviços metropolitanos de transporte coletivo, por fretamento, pelos serviços de gerenciamento a elas prestados, tudo em consonância com o art. 1º da citada Resolução, cujos dispositivos reproduzo, *verbis*:

“... Artigo 1º — A Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S.A. — EMTU-SP, cobrará das empresas operadoras do sistema de transporte coletivo regular de passageiros, por ônibus, na Região Metropolitana de São Paulo, bem como das empresas operadoras dos serviços metropolitanos de transporte coletivo por fretamento, pelos serviços de gerenciamento.

Artigo 2º — O valor dos serviços a que se refere o artigo 1º será estabelecido pela EMTU-SP, por empresa operadora, calculado conforme a dimensão e idade de sua frota cadastrada, com base nos valores mensais por veículo, estabelecidos no Anexo Único integrante desta Resolução.

Artigo 3º — As normas relativas à forma de pagamento dos serviços a que se refere esta Resolução serão expedidas pelo Presidente da EMTU-SP.

Artigo 4º — Os valores mensais por veículo, estabelecidos no Anexo Único desta Resolução, poderão ser alterados periodicamente, mediante publicação na Imprensa Oficial do Estado.

Artigo 5º — A presente Resolução entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”
— fls. 403.

Aduziram as impetrantes que o Sr. Presidente da EMTU, em complemento à referida Resolução, expediu Carta Circular estabelecendo a forma e época de cobrança, que taxam de tributo, além de multas e juros por atraso, reservando-se no direito de apropriar-se dos valores em mora descontando-os de créditos que porventura tivessem junto a essa empresa, inclusive pela remissão de passes, vales-transportes ou bilhetes, emitindo e encaminhando os documentos relativos à cobrança, bem como dos encargos acessórios.

Sustentaram, em síntese, ser inconstitucional e ilegal o ato impugnado, porquanto a malsinada cobrança caracteriza-se como tributo, pelo que não podia ter sido criado com inobservância dos princípios da legalidade e da anualidade.

A liminar foi concedida (fls. 496), prestadas as informações (fls. 506/43 e 545/622), nelas sustentando-se a legalidade da cobrança, ao argumento de tratar-se de retribuição pecuniária aos serviços prestados pela EMTU, os quais possuem natureza contratual e configuram preço público ou tarifa.

Julgando a espécie, a Décima Câmara Civil do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou o *writ*, conforme o seguinte acórdão — lê: (fls. 636/638).

Daí o recurso ordinário de fls. 699/720, reiterando as impetrantes os fundamentos da inicial e acrescentando outros contestando as assertivas do acórdão, bem como trazendo à colação julgado da 18ª Câmara Civil do mesmo Tribunal que, em hipótese análoga, concedeu o *writ* e reputou absurda a cobrança ora questionada.

Parecer, às fls. 639/743, no qual o órgão do Ministério Público Federal, prestigiando a fundamentação do acórdão recorrido, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ (Relator): Refutando a fundamentação do acórdão, asseveram as impetrantes nas razões recursais (fls. 717/720):

“Com efeito, o fato de existir uma região metropolitana criada por lei para prestação de serviços comuns, com poderes de outorgar concessões, permissões e autorizações, ou de existir uma pessoa habilitada para fazê-lo por conta do Estado, não predica logicamente — pois não há relação alguma entre uma coisa e outra — que uma Resolução possa instituir cobrança (que a própria Resolução pejou-se de denominar “tarifa”, preferindo não dar rótulo algum ao pagamento que “inventou”) a cargo dos que efetivamente realizam o transporte coletivo. A “tarifa” devida no caso do serviço de transporte coletivo, como se sabe, é devida pelo usuário do transporte e não pelo transportador! Este não tem que pagar tarifa alguma a quem lhe outorga o desempenho do serviço por concessão, permissão ou autorização.

Em segundo lugar, chega a ser rebarbativo que o v. acórdão, ao caracterizar a atividade da EMTU, **haja enunciado exata e especificamente as características definidoras do Poder de Polícia**, para dizer que, bem por isso (?), não se estava perante Poder de Polícia, mas perante serviço público (cujos traços tipificadores são precisamente antitéticos aos que enunciou!).

Com efeito, o v. acórdão asseverou — corretamente, aliás, pois está na lei — que a EMTU “articula”, efetua “vistorias” e “inspeções” no serviço e que é esta a atividade por ela desenvolvida. Ora, é de conhecimento universal que efetuar “vistorias”, “inspeções”, condicionar a liberdade de atuação alheia, isto é, “articulá-la”, constitui-se exata e precisamente em exercer o chamado “Poder de Polícia”. Fiscalizar supõe observar, inspecionar, vistoriar, examinar, o que de resto, demanda inúmeras vezes análises **técnicas**, aferições, averiguações efetuadas com o auxílio de **técnicos** e especialistas nos mais diversos campos. Por outro lado, a forma mais típica de “condicionar o exercício da liberdade e da propriedade (que é a própria característica essencial do poder de polícia), expressa-se bem pela palavra “articular”, ou seja, regular de maneira entrosada o exercício da liberdade de outros sujeitos.

Assim, é de causar verdadeiro estupor que o v. acórdão haja enunciado praticamente a definição do que é entendido como atividades de “polícia”, ao caracterizar as competências da EMTU a fim de concluir que, por isso mesmo, não estava em causa atividade de polícia, mas, opostamente, a de serviço público!

Tem-se poder de polícia quando o Estado disciplina a conduta alheia e afere se tal conduta está e se mantém desenvolvida em afinamento com as prescrições estabelecidas. Tem-se serviço público quando o Estado oferece utilidade ou comodidade material à coletividade, ao público (serviço público) que dela se serve, se quiser. Neste caso, pelo serviço ofertado ao público, irá cobrar “tarifas”, que correspondem à contrapartida que os usuários pagarão ao prestador daquela comodidade ou utilidade pelo serviço que lhes está prestando. No caso, *in tela*, os permissionários de ônibus é que estão prestando o serviço de transporte. Os usuários do serviço prestado são os passageiros, que devem versar tarifas às empresas de ônibus. Estas, desde logo, **NÃO SÃO O PÚBLICO NEM RECEBEM UTILIDADE OU COMODIDADE MATERIAL ALGUMA DA EMTU**. O que recebem da EMTU são prescrições que condicionam suas liberdades de agir e sofrem inspeções, vistorias e até eventualmente sanções, tudo tendo em vista a que se mantenham ajustadas às prescrições impostas. Isto não é prestar “serviço”. Pelo menos

não o é tecnicamente. Mas se a EMTU presta serviço a alguém é ao Estado, pois o substitui em tarefa a que este competiria, caso não houvesse irrogado ditas atribuições de polícia a EMTU.

Assim, não vem ao caso a invocação, feita pelo acórdão, do art. 69 da anterior Constituição estadual. Entretanto, menos ainda vem ao caso a referência ao art. 159 da atual Constituição do Estado. Nem se sabe porque foi mencionado já que nele se trata de “preço público” (correspondente, pois, a atividade industrial ou comercial do Estado, não a serviço público), assunto, portanto, absolutamente estranho à tarifa.”

No memorial que apresentaram, cuja juntada, por linha, determinei aos autos, as impetrantes aduzem as seguintes considerações (fls. 2/3):

“É óbvio, portanto, que a cobrança “instituída” pela Resolução SHDU-42 apresenta-se, *prima facie*, como verdadeira aberração jurídica, afrontosa a comezinhos princípios do Estado de Direito. Foi o que a ora recorrente então alegou, estribada não só nas razões aduzidas, mas também no fato de que a “hipótese de incidência” ou “fato gerador” da cobrança seria a prestação de serviços da EMTU às empresas transportadoras, quando, em rigor de verdade, dita empresa, como se pode ver nas próprias atribuições da entidade, NÃO PRESTA SERVIÇO ALGUM às sobreditas empresas, pois tudo que a lei lhe cometeu foi o exercício daquilo que o Código Tributário Nacional define como poder de polícia (art. 78)!”

Após demorada abordagem sobre os conceitos de poder de polícia e serviço público, obtemperam:

“Ora bem, são exata e precisamente do tipo e natureza aludidos os atos que foram cometidos à EMTU-SP. O que é o “gerenciamento”, a que aludiu o acórdão, senão a expedição de prescrições, de injunções, para o ajustamento dos serviços prestados pelos permissionários e “autorizados” às pautas estabelecidas pela EMTU, ou seja o condicionamento de suas liberdades de atuação às regras e atos concretos que lhes são impositivamente dirigidos e a fiscalização de sua obediência às sobreditas imposições, efetuada através de vistorias e inspeções para mantê-los assujeitados aos termos que a EMTU-SP estabelece, sob pena de sanções (ou seja: atos modelarmente expressivos de “Poder de Polícia!)." — fls. 5/6.

.....

“Assim, não se entende como seja possível confundir os atos postos à alçada da EMTU com prestação de “serviço público”. Deveras, serviço público, ao invés de implicar contenções à liberdade das pessoas, reversamente, se constitui no oferecimento, pelo Estado, a todos os administrados, de comodidades e utilidade materiais reputados em um dado tempo e lugar como necessários ou convenientes à Sociedade e que, por isto mesmo, são por ele assumidos e prestados, sob regime de direito público, diretamente ou através de terceiros os quais investe nos poderes e atribuições necessários para tanto. Enquanto o serviço público “oferece” aos administradores uma atividade material, para que dela possam fruir, substanciando-se em uma prestação, o Poder de Polícia, ao invés disto, limita os administrados, regulamenta, condiciona, examina, fiscaliza, vistoria (vistoriar, evidentemente, é ato de fiscalização) e sanciona: que é exatamente o que a EMTU faz, em relação aos transportadores, de acordo com os atos normativos invocados pela Resolução como seus fundamentos.

O serviço público se constitui em uma prestação de atividade material (como fornecimento de água, luz, gás, telefone) e proporciona diretamente uma utilidade ou comodidade pública, isto é, como fruto imediato da atividade desempenhada, pois é nela mesma que reside a utilidade ou comodidade que se propõe a produzir. O Poder de Polícia, inversamente, produz utilidade pública de modo indireto, mediato, pois a utilidade pública emerge como fruto do ajustamento da conduta de outrem às pautas de conduta nele estabelecidas. Assim, do ponto de vista técnico-jurídico, são absolutamente inconfundíveis serviço público e poder de polícia administrativa.

A EMTU não presta serviço público e muito menos às empresas transportadoras de passageiros. O que faz é policiar a atividade de tais empresas. Estas sim (e não a EMTU) é que prestam serviço público, sob regime de permissão ou autorização e sob as diretrizes e fiscalização da EMTU. O serviço público amplia o campo de benefícios que alguém pode colher, pois oferece algo proveitoso ao próprio usuário, algo apetecível para ele, ao menos em tese. O Poder de Polícia, opostamente, restringe-lhe o campo de liberdade, subjugando-o a contenções, a pautas delimitadoras, submetendo-o a aprovações, controles, inspeções, vistorias e ainda o sanciona se desatender ao que lhe é imposto.

Donde, se a EMTU presta “serviço” a alguém (no sentido leigo da palavra e não no sentido técnico jurídico), sê-lo-á à pessoa jurídica Estado de São Paulo, o qual, se não fora pela delegação de poderes feitas à EMTU, teria de exercer diretamente as atividades que lhe cometeu. Então, se alguém deve remunerar tais “serviços”, é o beneficiário; é quem deles aproveita, ou seja, o próprio Estado de São Paulo que, axiomáticamente, representa a coletividade em cujo benefício tais atos seriam praticados.

É pois, absolutamente descabido imaginar-se que a cobrança inventada pelo Executivo para sacar dinheiro das empresas transportadoras de passageiros na região metropolitana possa ser qualificada como tarifa e que, em conseqüência, pudesse ser instaurada independentemente de previsão legal ou do princípio da anterioridade. Tarifa, como se sabe, é a designação dada ao valor que o concessionário ou permissionário cobra do usuário, como contrapartida do desfrute, ainda que potencial, de um proveito que coloca à sua individualizada disposição, consistente na utilidade ou comodidade material a ele proporcionada. Tarifa é a importância que cada qual paga ao concessionário ou permissionário para remunerá-lo por isto.

Assim, as empresas transportadoras de passageiros, se devessem, de direito, pagar algo à EMTU, jamais o seria a título de tarifa. Exigência pecuniária que se lhes fizesse, só poderia ser “taxa” em razão do exercício do Poder de Polícia, isto é, tributo, cuja instituição depende de lei, obedecido o princípio da anterioridade e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Ademais, por se tratar de gravame tributário imposto supervenientemente à fixação da equação econômico-financeira, representaria uma sobrecarga que, causando desequilíbrio dos termos iniciais, demandaria sua restauração, a teor do art. 62, § 5º, da Lei estadual nº 6.544, de 22.11.89, mediante revisão tarifária, pois, na matéria, não poderiam deixar de vigorar os mesmos princípios que se impõem nos contratos administrativos.” — fls. 6/7.

Tenho que razão assiste às impetrantes. Deveras, a manter-se o entendimento do acórdão, pagaria o usuário uma tarifa pelo serviço público de transporte e pagaria o permissionário, seu operador, para ser fiscalizado, controlado, manietado no seu mister. O permissionário apenas substitui o Estado numa de suas obrigações (serviço do poder público), para cujo exercício este último já conta com o custeio oriundo da

arrecadação tributária estadual. Qualquer cobrança a mais há que ser pactuada, contratada previamente, consensualmente, mesmo com a Administração Pública, pois *pacta sunt servanda*.

Ademais, como afirmou o próprio Prof. Dalari, o mister da EMTU mira, exclusiva e principalmente, o interesse público, quando visa à qualidade do serviço. E, se assim, não é preço público, pois, nele, a atividade implica em satisfação do interesse privado (fls. 464 — Eros Grau).

A tarifa, referida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (fls. 536) é, obviamente, aquela cobrada ao usuário pela utilização do serviço, nunca aquela imposta coativamente ao permissionário que faz às vezes do Estado na prestação do serviço de transporte. Por isso, embora concorde-se em que o Estado pode cobrar preço público ou tarifa por um serviço prestado, isto não implica em que tal cobrança se faça tanto do usuário (como no caso da água de que trata o eminente administrativista — fls. 536) quanto do permissionário (como no caso dos autos).

Na própria citação feita de José Afonso da Silva (fls. 538) retira-se que preço público e tarifa são remuneração de serviço público prestado por permissionário. Há que se distinguir entre o serviço público dirigido a interesses difusos e aqueles dirigidos especificamente, como no caso dos autos, em que a Administração tenta **impor** aos permissionários um preço público ou tarifa para que ela organize, controle e fiscalize atividade que lhe incumbia operar. Evidentemente, não há, aqui, prestação de serviço, mas exercício de um poder, o de polícia.

Por isto, inválida e impertinente a observação quanto ao comando constitucional paulista sobre a remuneração dos serviços públicos fazer-se, sempre que possível, por tarifa. A norma da *Lex Legum* Estadual tem endereço conhecido e não abriga a cobrança de tarifa ou preço público pelo próprio Estado quando este já haja transferido seu *munus* via permissão, salvo na hipótese de se haver pactuado a propósito, consensualmente, nunca impositivamente!

A lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (fls. 539), embora lembrada por quem defende a legitimidade da cobrança em comento, aplica-se às recorrentes: EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO!

Isto quer dizer que a prestação do serviço público é feita em nome do poder público, “sob condições alteráveis unilateralmente pelo Estado”, só que, além de a tarifa dever-se cobrar ao usuário do serviço público permitido, há a obrigação de manter-se o **equilíbrio econômico-financeiro** inicial, no caso desrespeitada pela Administração quando altera a permissão quebrando aquele equilíbrio.

Por isso, embora o mestre Hely Lopes Mierelles afirme “ser comum nos contratos de concessão de serviço público a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente, a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução dos **ajustes** (veja que há que existir ajuste prévio) a cargo deste último” (fls. 540), nem por isso poderá o Estado (concedente) quebrar aquele equilíbrio, numa imposição *a posteriori* do que foi ajustado. Tanto assim que o mestre é claro em afirmar que tal remuneração é prevista **nos contratos**, cuja natureza jurídica pressupõe consenso, acordo de vontades, nunca imposição *a posteriori*, *manu militari*, ofensiva do já lembrado equilíbrio econômico-financeiro que é a viga mestra de todo o pacto.

Do exposto, ilegal a cobrança impugnada, conheço do recurso e lhe dou provimento.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 582 — SP — (90.8600-0) — Rel.: Min. Américo Luz. Rectes.: Auto Ônibus Soamin Ltda. e outros. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdos.: Secretário da Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo e Presidente da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A — EMTU-SP. Recdos.: Fazenda do Estado de São Paulo e Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A — EMTU-SP. Advs.: Aires Fernandino Barreto e outros e Anadil Abujabra Amorim Mendonça Alves e outro.

Decisão: “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” (2ª Turma — 30.10.91)

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Pádua Ribeiro, José de Jesus e Hélio Mosimann.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Peçanha Martins.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 614 — DF

(Registro nº 90116236)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Impetrante: *Hugo Ernesto Wilke Boratto*

Impetrados: *Ministro de Estado da Aeronáutica, Secretário da Economia e Finanças da Aeronáutica, Diretor do Departamento de Administração Imobiliária da Secretaria de Administração da Presidência da República*

Advogada: *Dra. Maria Christina Boratto Braga*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL FUNCIONAL, ADMINISTRADO PELAS FORÇAS ARMADAS. SERVIDOR CIVIL.

I — A jurisprudência desta Corte, a partir do julgamento do MS nº 585-DF, Rel. Eminentíssimo Ministro ILMAR GALVÃO, firmou-se no sentido de que o imóvel funcional, administrado pelas Forças Armadas, regularmente ocupado por servidor civil, em 15.03.90, está abrangido pela autorização de venda prevista no *caput* do art. 1º, da Lei nº 8.025/90, cujo dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no seu § 2º, inc. I, e com o art. 5º, § 2º, do Decreto nº 99.266/90, que regulamentou o aludido diploma.

II — Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 05 de março de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por HUGO ERNES-

TO WILKE BORATTO contra atos dos Senhores MINISTRO DE ESTADO DA AERONÁUTICA, SECRETÁRIO DE ECONOMIA E FINANÇAS DA AERONÁUTICA e DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO IMOBILIÁRIA DA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, objetivando dar curso aos procedimentos administrativos relativos à aquisição do imóvel funcional que ocupa, nesta Capital, na qualidade de servidor civil do Ministério da Aeronáutica.

Aduz o Impetrante, em termos sucintos, que é servidor civil daquele Ministério e legítimo ocupante do imóvel funcional desde 17 de junho de 1981, em decorrência da função de Estatístico que exerceu até 04 de julho de 1990, quando foi posto em disponibilidade; que, embora amparado pela legislação que rege a espécie (Lei nº 8.025/90 e Decreto nº 99.266/90), teve sustado o seu pedido de recadastramento por determinação superior, qual seja, RADIOGRAMA nº 81/GM6/140890, do Gabinete do Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica. Da mesma forma, idêntico entrave ocorreu na Diretoria do Departamento de Administração Imobiliária da SAF-PR, que sustou o encaminhamento à CEF da indicação do imóvel ocupado pelo Impetrante para os procedimentos previstos, isto é, vistoria, avaliação e conseqüente publicação no Diário Oficial da União, para que se efetive a alienação. Por estes motivos, pediu a segurança objetivando ser-lhe assegurado o direito líquido e certo de adquirir o imóvel em referência.

Processado sem liminar (fls. 17), advieram as informações das ilustres autoridades reputadas como coatoras, onde sustentam, em síntese, que houve apenas uma suspensão de encaminhamento de pedidos de recadastramento dos imóveis ocupados por servidores civis, até que a questão seja regulamentada no contexto das Forças Armadas, sem prejuízo para os interessados; que o Secretário não pode ser considerado autoridade coatora, uma vez que o não encaminhamento do formulário se deve ao cumprimento de ato emanado do Sr. Ministro da Aeronáutica que, através da chefia de seu Gabinete, expediu instruções às Unidades sediadas nesta Capital, determinando que o recadastramento de ocupantes de imóveis funcionais de que trata a Portaria nº 219/90 da Secretaria de Administração Federal, deveria ser suspenso até a regulamentação da Lei nº 8.025/90, no âmbito das Forças Armadas. Finalmente, o Sr. Diretor do Departamento de Administração Imobiliária da Secretaria de Administração da Presidência da República ponderou que “na autorização legislativa para a alienação de imóveis residenciais pertencentes à União, situados no Distrito Federal, há diversas exclusões, entre as quais a do art. 1º, § 2º, I, da Lei 8.025, de 12.04.90.

Este dispositivo legal, que não permite a alienação de imóveis residenciais administrados pelas Forças Armadas destinados à ocupação por militares, permaneceu com a mesma redação que tinha na Medida Provisória 149, de 15.03.90.

Nessa parte, o art. 1º, § 1º, c, do Decreto 99.266, de 28.05.90, ao regulamentar a matéria, reproduz literalmente a norma legal, porém esta gerou efeito que não pode ser abolido. Os imóveis administrados pelas Forças Armadas que, na data da Medida Provisória 149, de 15.03.90, não se destinavam à ocupação por militares, não estão compreendidos na exceção que a Lei abre à regra geral da alienação. Portanto, deverão ser alienados e, por conseguinte, os legítimos ocupantes têm direito de adquiri-los, na forma do art. 6º, da Lei 8.025, de 1990.” (Fls. 24).

Instada, a douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Senhor Presidente, a ilustrada Subprocuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Dr. José Arnaldo da Fonseca, eminente Subprocurador-Geral da República, deu o correto deslinde à controvérsia, ao assim dispor:

“Cinge-se a questão a saber se os imóveis residenciais administrados pelas Forças Armadas e ocupados por civis estão ou não excluídos da autorização de venda.

Transcrevamos os dispositivos legais e regulamentares atinentes, especificamente, à matéria.

Estabelece a Lei 8.025, de 1990:

“Art. 1º — É o Poder Executivo autorizado a alienar mediante concorrência pública e com observância do Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, os imóveis residenciais de propriedade da União situados no Distrito Federal, inclusive os vinculados ou incorporados ao Fundo Rotativo Habitacional de Brasília — FRHB.

§ 1º —

§ 2º — Não se incluem na autorização a que se refere este artigo, os seguintes imóveis:

I — os residenciais **administrados pelas Forças Armadas, destinados à ocupação por militares;**

II — os destinados a funcionários do Serviço Exterior, de que trata a Lei nº 7.501, de 27.06.86;

III — os ocupados por membros do Poder Legislativo;

IV — os ocupados por Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, pelo Procurador-Geral da República, pelos Subprocuradores-Gerais do Ministério Público Federal, do Trabalho e Militar e pelo Procurador-Geral do Tribunal de Contas da União, salvo sua expressa manifestação em contrário, no prazo de vinte dias a partir da data da publicação desta lei;

V — os destinados a servidores no exercício de cargo ou função de confiança que sejam considerados, pelo Poder Executivo, indispensáveis ao serviço público.

Parágrafo único. Os imóveis a serem destinados aos servidores a que se refere o inciso V deste artigo serão escolhidos dentre aqueles que estiverem vagos à data da vigência da Medida Provisória 159, de 15 de março de 1990, ou vierem a vagar por devolução espontânea ou desocupação judicial.” (grifos não constantes da Lei).

O Decreto 99.266/90, ao regulamentar o mencionado diploma legal, assentou no art. 1º, § 2º:

“Art. 1º —

§ 2º — Incluem-se entre os imóveis a serem vendidos os administrados pelas Forças Armadas, ocupados por servidores civis.”

Os preceitos em comento inexigem maior esforço ou elocução para se extrair a conclusão de que o § 2º, do art. 1º, do Decreto 99.266/90, não extrapola dos limites da norma regulamentada. Singela interpretação literal do inciso I, § 2º, do art. 1º, da Lei 8.025/90, combinado com o § 2º, do art. 1º, do citado Decreto nº 99.266/90, leva-nos ao entendimento de que a exclusão de venda incide nos residenciais administrados pelas Forças Armadas, desde que ocupados por militares. O ato regulamentar, qual é da sua índole, explicitou apenas o dispositivo legal a fim de ensejar a sua fiel aplicabilidade.

Não criou direito, por eventual vacuidade da norma regulamentada, nem tampouco rompeu as suas balisas para penetrar em terreno contido no princípio da reserva legal.

A regra geral é a venda de todos os imóveis residenciais do domínio da União. As exceções são as arroladas na lei, que se interpretam restritamente, como o consagram os sistemas jurídicos modernos.

Assim, desde que os imóveis residenciais administrados pelas Forças Armadas não se destinam à ocupação por militares, recai na regra geral da venda autorizada, a que o art. 1º, § 1º, do Decreto nº 99.266/90, tornou manifesto. Para exclusão da venda não de estar concomitantemente presentes: administração das Forças Armadas e destinação à ocupação por militares.

Ante o exposto, é de se conceder a segurança em ordem a assegurar, e dado que comprovou os requisitos exigidos à habilitação à compra, o andamento dos requerimentos formulados pelo autor de modo a lhe facultar a aquisição do imóvel que ocupava em 15 de março passado.” (Fls. 64/67).

Tenho como irretorquível as duntas ponderações formuladas pelo *Parquet* federal, as quais adoto como razão de decidir, posto que analisou a espécie à luz da legislação que rege a matéria e em perfeita sintonia com a orientação governamental.

Ademais, saliento que a matéria em debate já foi objeto de apreciação quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 585-DF (9098149), na sessão do dia 04 de dezembro de 1990, Relator o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, ocasião em que, por decisão unânime, deferiu-se a segurança.

Isto posto, concedo a segurança.

É o meu voto.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 614 — DF — (90116236) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Impte.: Hugo Ernesto Wilke Boratto. Impdos.: Ministro de Estado da Aeronáutica, Secretário da Economia e Finanças da Aeronáutica, Diretor do Departamento de Administração Imobiliária da Secretaria de Administração da Presidência da República. Adva.: Dra. Maria Christina Boratto Braga.

Decisão: A Seção, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (em 05.03.91 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Ilmar Galvão, José de Jesus, Garcia Vieira, Hélio Mosimann, Peçanha Martins e Américo Luz votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 647 — MG
(Registro nº 90.103843)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrentes: *Jorge Dias e outros*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Impetrado: *Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais*

Recorrido: *Estado de Minas Gerais*

Advogados: *Drs. Ayrton José Cabral e outro, Francisco Deiro Couto Borges e outros*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS APOSENTADOS. ATO CONCRETO DE AUTORIDADE, QUE NÃO ATINGIU DIREITO DOS IMPETRANTES. DENEGAÇÃO DO PEDIDO.

Se o ato concreto emanado da autoridade, embora empregando nova forma de cálculo da gratificação especial, não reduziu vencimentos e nem violou direito dos servidores, mas lhes aumentou a remuneração, não há como vingar o pedido de segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe negar provimento, na forma do rela-

tório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: JORGE DIAS e outros, funcionários públicos do Estado de Minas Gerais, aposentados na qualidade de ocupantes de cargos integrantes do “Quadro Permanente de Tributação, Fiscalização e Arrecadação”, impetraram mandado de segurança contra a Resolução nº 1.875, de 15.06.89, do Secretário de Estado da Fazenda, que reduziu a gratificação de estímulo à produção individual — GEPI —, já incorporada, por força de lei, aos seus proventos de aposentadoria.

Apontaram os impetrantes diversas causas de ilegalidade e, mesmo, de inconstitucionalidade do ato impugnado:

a) incompetência do Secretário;

b) ofensa ao direito adquirido dos autores ao número de pontos fixados no momento da aposentadoria e que **foi diminuído pela Resolução nº 1.875/89**;

c) ofensa à irredutibilidade de vencimentos.

Afirmaram que, com a vigência desse ato, tiveram diminuído o número de pontos atribuídos na aposentadoria e, embora o valor em moeda não se tenha reduzido, porque aumentou o de cada ponto, não é possível desconsiderar “o prejuízo econômico-patrimonial” e o desvio de finalidade.

O Tribunal de Justiça do Estado, às fls. 75/89, rejeitou as preliminares de inépcia de inicial e de ilegitimidade passiva e, no mérito, denegou a segurança.

Inconformados, recorreram os autores com as razões de fls. 92/104, invocando leis estaduais, segundo as quais as gratificações variáveis, para cálculo dos proventos de aposentadoria, são consideradas pela média das parcelas pagas nos 365 dias imediatamente anteriores à inatividade. No caso específico da GEPI, considera-se a média dos pontos pelo valor vigente no mês do pagamento.

Para demonstrar o suposto prejuízo, reiteram a tese de que se deve manter o número de pontos, mas atribuindo-se a cada um o novo valor determinado pela Resolução.

O parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, preliminarmente, afirma o descabimento do mandado de segurança, porque voltado contra ato normativo em tese e, no mérito, pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, deixo de acolher o parecer do órgão do Ministério Público quanto ao ataque à lei em tese. É que a Resolução em tela teve efeitos concretos e, por isso, cabível a segurança. Os próprios autores afirmam que o número de pontos foi diminuído pela Resolução do Secretário e é o que ficou constatado.

Também quanto à ilegitimidade passiva, sem razão a nobre parecerista, eis que a autoridade dita coatora foi quem efetivamente expediu o ato, assinando a Resolução impugnada, conforme se comprovou.

De mais a mais, as preliminares não mais constituem objeto de irresignação.

No mérito, porém, coloco-me de inteiro acordo com o parecer da Douta Subprocuradoria-Geral da República, quando esclarece que o ato contra o qual se insurgiram os impetrantes, de forma alguma, piorou a remuneração de cada um:

“os recorrentes não demonstram o suposto direito à manutenção do número de pontos estabelecido por ocasião da aposentadoria. Pelo contrário, a legislação estadual invocada manda calcular os proventos com base nos pontos convertidos em moeda (Lei nº 9.532/87, que deu nova redação ao art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 8.178/82, citada a fls. 95). Isso demonstra a intenção do legislador de proteger o valor em dinheiro.

Não houve, portanto, prejuízo nenhum, nem redução de proventos, mas aumento real, porque cresceram, mesmo descontada a inflação, como bem se aponta no acórdão. O que os recorrentes querem, na verdade é novo aumento, mantendo o número primitivo de pontos, mas atribuindo-lhes o valor fixado na Resolução impugnada; ou seja, desejam obter o melhor dos dois mundos.

Note-se, ainda, que os proventos de aposentadoria são globais, não comportando parcelas específicas; e são estabelecidos em moeda corrente, não em número de pontos.

Os recorrentes também não demonstram que lhes tenham sido negados benefício ou vantagem concedidos aos servidores em atividade.

Inexistente, assim, qualquer ofensa à lei ou à Constituição". (Fls. 131/132).

Conheço, pois, do recurso, mas para lhe negar provimento.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 647 — MG — (90.103843) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mosimann. Rectes.: Jorge Dias e outros. T. Origem.: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Impdo.: Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais. Recdo.: Estado de Minas Gerais. Advs.: Drs. Ayrton José Cabral e outro, Francisco Deiro Couto Borges e outros.

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator (em 17.06.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Ilmar Galvão e José de Jesus.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 715 — DF

(Registro nº 9000123887)

Relator: *O Senhor Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Sérgio Xavier de Souza Rocha*

Impetrado: *Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*

T. de Origem: *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*

Advogados: *José Guilherme Villela e Amir Sarti*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. Concurso para o cargo de juiz substituto. Reprovação de candidato por suposta ausência de títulos.

Sendo as provas escritas e orais eliminatórias, e a de títulos apenas classificatória, nos termos do edital do certame, não pode o candidato já aprovado naquelas ser eliminado por esta.

As provas meramente classificatórias destinam-se a determinar a ordem decrescente de conceitos dos candidatos, para fins de nomeação.

O candidato apresentou documentos considerados pelo edital como títulos, não se podendo portanto eliminá-lo por ausência deles.

Por unanimidade, concedida a segurança para a inclusão do impetrante na lista dos aprovados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso para conceder a segurança, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): SÉRGIO XAVIER DE SOUZA ROCHA impetrou mandado de segurança contra o DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, que não incluiu o seu nome na lista dos candidatos aprovados no concurso para juiz substituto regulado pelo edital publicado no Diário da Justiça de 15 de agosto de 1988 (folhas 18/19).

Após prestadas as informações (folhas 130/131) e manifestando-se o Ministério Público (folhas 133/137), o Tribunal *a quo* denegou a ordem por maioria de votos (folhas 147/162), considerando que o candidato não apresentara nenhum título à comissão de seleção.

Tempestivamente, o suplicante ajuizou recurso ordinário (folhas 166/188), que contou com parecer favorável do *Parquet* na primeira instância (folhas 190/191).

Recurso admitido (folha 193), a douta Subprocuradoria-Geral da República proferiu parecer pelo desprovemento do ordinário, opinando que o recorrente não apresentara nenhum título durante o concurso (folhas 196/204).

Com a transferência do primeiro relator, eminente Ministro VICENTE CERNICCHIARO, vieram-me os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator):
Dirirjo do parecer do ilustre órgão ministerial. Cuida-se de ação mandamental aforada por candidato ao cargo de juiz substituto do Distrito Federal e Territórios, que não foi incluído na lista final de aprovados, homologada pela autoridade impetrada (folhas 50/51).

O candidato logrou aprovação na primeira prova escrita, de múltipla escolha, passando às da segunda fase. Nestas provas, alcançou o 4º (quarto) lugar dentre os 411 (quatrocentos e onze) concorrentes, com a média de 6,25 (folha 22). Nas subseqüentes provas orais, obteve a média 6,42 (*ibidem*), donde a média geral no certame de 6,33 (*ibidem*).

Na análise de títulos, a comissão atribuiu-lhe nota zero, caindo então sua média para 5.07, pelo sistema de pesos constante do edital (folha 19 — artigo 29, § 1º).

Por essa nota zero, o Tribunal recorrido entendeu de eliminar o candidato, após este interpor recurso administrativo, cuja decisão considero contraditória, pois adota os argumentos do recorrente mas ao final nega provimento a sua pretensão (folha 49).

Ocorre no caso, como visto, que o impetrante alcançou a média final no concurso de 6,33, segundo certidões acostadas aos autos (folha 22). Incide aí o disposto no artigo 30, *caput* e § 1º, do edital correspondente, que tem a seguinte redação (folha 19):

“Art. 30 — Concluídas as provas orais, a Comissão de Concurso procederá à apuração final atribuindo, nessa oportunidade, nota aos títulos apresentados, sendo considerados aprovados os candidatos, que, nas provas escritas e orais, tenham alcançado média igual ou superior a seis (6).

§ 1º — As notas atribuídas aos títulos serão adicionadas à média ponderada das provas escritas da segunda fase e orais, dividindo-se a soma por cinco para obtenção da nota final que determinará a classificação do candidato.”

Do exame desses dispositivos, duas são as inferências lícitas: a) são considerados aprovados os candidatos que, nas provas escritas e orais, tenham alcançado média igual ou superior a seis; e b) as notas atribuídas aos títulos serão adicionadas às das outras provas para determinar a classificação do candidato. Ambas decorrem da letra expressa do edital que normatiza a concorrência.

Conclui-se, pois, que, de fato, o concurso é de provas e títulos. Todavia, as provas são eminentemente eliminatórias, ao passo que os títulos são apenas classificatórios. Em outros termos, o candidato que não for eliminado nas provas e, de conseguinte, alcançar aprovação, terá sua posição final na escala de notas determinada pela avaliação dos títulos.

Não é admissível que o candidato, aprovado nos precisos termos do edital, seja afastado do certame por nota da prova de títulos. Estes tiveram seus efeitos regularmente produzidos, porquanto levaram o impetrante ao último lugar na classificação final. Não podiam porém eliminá-lo.

Na Enciclopédia Saraiva do Direito, sob o verbete “classificação em concurso”, figura irretocável definição do termo, da lavra de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR:

“Escalonamento descendente dos candidatos aprovados, o que, nem por isso, assegura aos classificados o direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa de direito. (...)” (São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, p. 511 — sem grifo no original).”

O trecho que interessa à hipótese é o inicial, isto é, classificação é o escalonamento descendente dos candidatos aprovados. Enxergam-se então, como neste caso, duas fases: a primeira, eliminatória, em que são selecionados os candidatos aptos, e a última, classificatória, em que se dispõem os já aprovados numa ordem decrescente de conceitos, para fins de nomeação.

Na situação vertente, nem se diga que o recorrente não apresentou nenhum título. A primeira parte do artigo 5º do edital (folha 18) chama

de títulos o diploma de graduação em direito e a prova de exercício, por três anos, de função que exija o bacharelado em direito (citados no artigo 3º, § 2º, III, e no artigo 4º, IV, do edital — folha 18).

Além destes, o § 2º do artigo 30 do aludido edital (folha 19) considera que valerão como títulos “os trabalhos profissionais realizados como advogado”, desde que comprovada a autoria. Ora, está provado que o candidato efetivamente apresentou tais trabalhos (folhas 92/124), os quais, por pobres que possam ser, não autorizam a conclusão de que o impetrante não apresentou nenhum título, e, em consequência, não se pode reprovar o autor por ausência completa de títulos.

Isto posto, julgo que, no caso presente, por disposição expressa do edital que regeu o certame, o recorrente já obtivera aprovação, por sua média nas provas escritas, servindo a de títulos tão-só para determinar sua classificação final, vedada a reprovação por este critério.

Por conseguinte, DOU PROVIMENTO ao recurso, para determinar a inclusão do impetrante na lista dos aprovados, nos termos do pedido.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): Sr. Presidente, divirjo do parecer escrito do ilustre Órgão Ministerial, firmado pelo representante do Ministério Público Federal, e concordo em gênero, número e caso, com o parecer proferido, agora, oralmente, pelo Eminente Subprocurador-Geral da República.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, o voto do Eminentíssimo Relator, assim como as duas belíssimas sustentações orais, autorizam por si só o provimento do recurso.

Acrescentaria, à guisa de ilustração, que na parte final do art. 30 do edital, são considerados aprovados os candidatos que nas provas escritas e orais tenham alcançado média igual ou superior a seis. Ou seja: os títulos recebem como mero critério diferencial de classificação. Ora,

colocar, como o Tribunal fez, a média final como eliminatória é dar efeito eliminatório, indiretamente, aos títulos, vale dizer, contrariar o próprio edital.

Por essas razões e por tudo que se disse aqui antes, não tenho dúvida em acompanhar o Eminentíssimo Ministro-Relator.

VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Presidente): Também acompanho o Eminentíssimo Relator pela clareza, evidência e lucidez do seu voto, acrescido como subsídios trazidos, não menos valiosos, do Eminentíssimo advogado como também do ilustre Subprocurador e do Ministro Gomes de Barros.

Também não vejo razão para não se considerar o candidato aprovado uma vez que os títulos apenas servem para efeito de classificação, e não de eliminação do candidato.

E o edital é claro quando diz que o concurso é de provas e títulos e o candidato obteve o 6º lugar no certame. Está implícito no edital que os títulos são apenas classificatórios e não eliminatórios.

Com essas ligeiras considerações, também acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, o edital é a lei do concurso, e se ele, como no caso, não contraria a Constituição e nem a Lei Orgânica, é claro que ele tem que ser respeitado, o Tribunal não poderia deixar de respeitá-lo. E o edital diz que as provas de títulos são apenas classificatórias. Ora, se o candidato foi aprovado nas provas escritas e orais e apresentou títulos, a nota não importa, mesmo que ele tenha recebido zero. Esta nota é apenas para fins de classificação.

Ele desceu, como disse o Dr. José Guilherme da tribuna, em belíssima sustentação, do quarto lugar para o sétimo, ficando em último. Não importa que ele tenha ficado em último lugar, pois havia muito mais vagas. Punir o recorrente só porque ele é jovem? Isso me faz lembrar uma história sobre o Governador Milton Campos, de Minas Gerais, ao escolher um auxiliar bem jovem. Um outro auxiliar dele, mais velho,

criticou-o por isso e o Governador respondeu: “isso é doença que sara com o tempo.”

Esse candidato já demonstrou que tem condições, porque inclusive é Juiz.

Sr. Presidente, o caso foi muito bem exposto pelo Eminentíssimo Ministro-Relator, pelo Advogado, Dr. Amir Sarti, e por todos os outros Colegas.

Acompanho, com todo o prazer, o Eminentíssimo Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 715 — DF — (9000123887) — Rel.: O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo. Recte.: Sérgio Xavier de Souza Rocha. T. Origem: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Impdo.: Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Advs.: Drs. José Guilherme Villela e Amir Sarti.

Decisão: A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu provimento ao recurso para conceder a segurança, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator (julgado em 28.08.91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Gomes de Barros, Pedro Acioli e Garcia Vieira. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 824 — DF

(Registro nº 91.42706)

Relator: *Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Impetrante: *José da Paz Silva*

Impetrados: *Ministro de Estado da Agricultura e Reforma Agrária e Presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária*

Advogados: *Drs. Luiz Kenhiti Kuromoto e outro*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA. REAJUSTE. ARTIGO 184

DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGOS 9º e 10 DA LEI Nº 7.738, DE 1989. ILEGALIDADE DE PORTARIA MINISTERIAL. ATO CONCRETO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. DEDUÇÕES INDEVIDAS, RELATIVAS AOS IMPOSTOS SOBRE A RENDA E SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS.

Se o ato praticado, ao ser fixado critério de variação dos títulos, é de efeito concreto, provocando lesão de direito, o mandado de segurança não se insurge contra lei em tese.

Estabelecendo a legislação que os Títulos da Dívida Agrária deveriam ser corrigidos pelo IPC, “considerada a variação ocorrida a partir de fevereiro de 1989”, qualquer restrição — inclusive relativa à dedução dos impostos sobre a renda e sobre operações financeiras — importa em violação ao princípio da justa indenização.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas retro, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 21 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Cuida a hipótese de mandado de segurança impetrado por JOSÉ DA PAZ SILVA, contra atos do Ministro da Agricultura e do Presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — INCRA, consubstanciados nas Portarias nºs 545/89 (MA) e 1.080/90 (INCRA).

O impetrante, detentor de Títulos da Dívida Agrária — TDA — havidos como pagamento de indenização de imóveis rurais, transacionados no curso de ação expropriatória, e emitidos conforme determinado no Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64, art. 105) e na Emenda Constitu-

cional nº 10, que inseriu “cláusula de exata correção monetária”, a fim de garantir o valor do bem desapropriado, em face do princípio da justa indenização, afirma que, apesar de evidenciada a intenção do legislador, inclusive na nova Constituição, de preservar o valor pago pela perda do imóvel, os impetrados, com a edição das referidas Portarias, não só deixaram de computar a inflação de janeiro de 1989, no percentual de 70.28%, como também pretenderam tipificar, no ato de resgate dos TDA's, uma mera operação financeira.

Aduz, outrossim, estar a desapropriação imune à incidência tributária de qualquer natureza, não materializando o resgate dos referidos Títulos qualquer sorte de operação financeira, sob a ótica da Lei nº 8.033, de 12 de abril de 1990, descabendo, portanto, falar-se em pagamento de imposto de renda ou IOF, quando da apresentação dos citados títulos para o devido resgate.

Indeferi o pedido de liminar (fls. 21), por entendê-la incabível na presente hipótese.

Informações da autoridade coatora, às fls. 25/31 e 33/39, pugnando pelo não conhecimento do *writ*, em face não só da decadência operada, como ainda por se tratar de lei em tese. Alega, outrossim, o Presidente do INCRA, não se terem exaurido as vias administrativas, bem como a inexistência de prova pré-constituída ou direito líquido e certo a ser resguardado pela via eleita.

Quanto ao mérito, batem-se ambos os impetrados pela denegação.

A Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer às fls. 94/101, opinando pela concessão da segurança, para que se faça cumprir a regra estabelecida constitucionalmente.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Senhor Presidente, a matéria já é conhecida do Tribunal, tendo, inclusive, eu mesmo, sobre ela emitido opinião, quando do julgamento dos mandados de segurança nºs 609 e 610, de minha relatoria, julgados em 18 de dezembro do ano findo; e do Mandado de Segurança nº 732, julgado no corrente ano, entre outros.

Pelo que se depreende do exposto no relatório, pretende o impetrante lhe seja autorizada a liberação do percentual de 70,28%, referente ao IPC do mês de janeiro de 1989, sobre os Títulos da Dívida Agrária que possui, emitidos em março de 1988.

Preliminarmente, é bem de ver que são aqui apontadas, como autoridades coatoras, não só o Ministro da Agricultura, como também o Presidente do INCRA.

Quanto a este último, consoante o que se infere do artigo 105, inciso I, letra *b*, da Constituição vigente, vemos que o mesmo não se encontra ali elencado, eis que compete a este Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado, ou do próprio Tribunal. Assim sendo, incompetente que é esta Corte para apreciação de ato emanado de Presidente de autarquia — no caso o INCRA —, entende dever excluí-lo da presente relação processual.

No mais, a preliminar levantada pela digna autoridade coatora — Ministro da Agricultura —, de tratar a hipótese de mandado de segurança contra lei em tese — não merece prosperar, haja vista que a Portaria nº 45 (da mesma forma que a Portaria nº 545, atacada em outras seguranças), tendo fixado critérios de cálculo do índice de variação dos TDA's, não pode ser considerada como **Lei em tese**, pois “não se constituiu em mero ato normativo, mas é de efeito concreto de que se irradia objetivamente lesão a direito individual, podendo ser atacado pelo *writ of mandamus*, qual o proclamam a doutrina e a jurisprudência”.

Quanto ao mérito é de se acolher a irresignação do impetrante e neste sentido vem se posicionando este Tribunal, conforme se anota das seguintes ementas:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO CONCRETO. INEXISTÊNCIA TRATAR-SE DE LEI EM TESE. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. PRÉVIA E JUSTA INDENIZAÇÃO. TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. AVILTAMENTO.

I — Tendo o ato ministerial atacado, ao fixar critério de cálculo do índice de variação das TDA's, gerando efeitos concretos a irradiar lesão a direito individual, não se há falar em lei em tese pois não se constitui de um ato meramente normativo, por isso que agasalhado pelo *writ of mandamus*.

II — Tanto a EC de 1969, como a recém-promulgada Constituição, consagraram o postulado de a justa indenização não sofrer restrição de qualquer natureza. Assim, nenhuma norma de menor positividade poderá, sob pena de

malferir a Carta Magna, impor restrição, abstraindo, *in casu*, o percentual do IPC de janeiro/89, acumulado no exercício.

III — Segurança concedida. (Min. Geraldo Sobral, MS nº 254-DF, em 03.04.90)".

“MANDADO DE SEGURANÇA — TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA (TDA) — REAJUSTE. ARTIGO 184 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGOS 9º E 10 DA LEI Nº 7.738, DE 1989. ILEGALIDADE DE PORTARIA MINISTERIAL. ATO CONCRETO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

— Se o ato praticado, ao ser fixado critério de variação dos títulos, é de efeito concreto, provocando lesão de direito, o mandado de segurança não se insurge contra lei em tese.

— Estabelecendo a legislação que os Títulos da Dívida Agrária deveriam ser corrigidos pelo IPC, “considerada a variação ocorrida a partir de fevereiro de 1989”, qualquer restrição importa em violação ao princípio da justa indenização (MS nº 609-DF, em 18.12.90)".

Decisões idênticas foram proferidas nos seguintes processos: MS nº 290 (Min. Carlos Velloso); MS nºs 416 e 417 (Min. Ilmar Galvão) e MS nºs 414 e 415 (Min. Pedro Acioli), afora aqueles antes mencionados, de que fui relator.

Como se sustenta, ainda, como particularidade neste processo, o incabimento de deduções das importâncias correspondentes ao imposto sobre a renda e imposto sobre operações financeiras, aprecio também essa postulação.

Embora a incidência dos tributos decorra de expressa disposição de lei, não se pode aplicar aos credores de Títulos de Dívida Agrária, que não são credores de renda, mas do pagamento de indenização, a qual deve ser a mais completa e a mais justa.

A própria Consultoria-Geral da República assim reconhece, conforme ficou expresso em parecer publicado no Diário Oficial de 26 de fevereiro último. Diz o parecer, na sua ementa e no preâmbulo:

“I — Os Títulos da Dívida Agrária representam o pagamento da prévia e justa indenização na desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária (CF, art. 184). Por isso mesmo, improcede a pretensão de incidir, sobre eles, qualquer modalidade de tributo, máxime do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários. Admitir tributar TDA's seria admitir fraudar o prin-

cípio constitucional da justa indenização e, ainda, favorecer a União Federal, que, a um só tempo, expropriaria e reteria parcela do valor constitucionalmente devido em pagamento.

II — Matéria contida nas questões já amplamente apreciadas e decididas no Parecer SR-45/87, aprovado pelo Presidente da República em 4.12.1987, e reexaminadas no Parecer nº CR/SA-26/88, exarado em pedido de revisão não deferido. O descumprimento de decisão normativa do Presidente da República configura quebra da hierarquia e grave ofensa à autoridade presidencial.

PARECER Nº CS-27

ADOTO, para os fins e efeitos do artigo 24 do Decreto nº 92.889, de 07 de julho de 1986, o Parecer nº CR/AA-2/91, do eminente Consultor da República, Doutor ALEXANDRE CAMANHO DE ASSIS.

A matéria, da mesma forma que a recalcitrância do Fisco, não são novidades para esta Consultoria-Geral, que pela terceira vez é chamada para redizer que os TDA's não podem sofrer restrição de qualquer natureza que redunde no desrespeito ao princípio da justa indenização.”

Por tudo isso, é de ser concedida a segurança, para que sejam observados o art. 184 da Constituição Federal e os arts. 9º e 10 da Lei nº 7.738/89, sem dedução relativa aos tributos mencionados (MS nº 732-DF).

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 824 — DF — (92.41706) — Rel.: Sr. Ministro Hélio Mesimann. Impte.: José da Paz Silva. Impdos.: Ministro de Estado da Agricultura e Reforma Agrária e Presidente do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. Advs.: Dr. Luiz Kenhiti Kuromoto e outro.

Decisão: A Seção, por unanimidade, deferiu o mandado de segurança (em 21.05.91 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Geraldo Sobral, Ilmar Galvão, José de Jesus e Garcia Vieira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 826 — SP

(Registro nº 91.0001782-5)

Relator originário: *Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão*

Relator p/Acórdão: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Recorrente: *Gilda Almeida de Souza*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Secretário do Governo do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Ruy Armando de Almeida Mello Júnior e outro, Anadil A. Amorim Mendonça Alves, Roberto de Figueiredo Caldas e outros*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA. CONDICIONAMENTO DA INTERPRETAÇÃO DE LEI ESTADUAL AO PRECEITO DA CF.

A Constituição Federal, em seu artigo 8º, assegura a liberdade de associação profissional ou sindical, ampliando-a para permitir a associação em sindicato do funcionalismo público. A Lei Estadual de São Paulo há de ser interpretada em harmonia com o mencionado dispositivo da Carta Magna. Segurança deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 19 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS (art. 52, II-RJ), Relator.

RELATÓRIO

O EXM^o SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): GILDA ALMEIDA DE SOUZA interpôs recurso ordinário contra v. acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que lhe denegou segurança impetrada, na qualidade de ocupante do emprego de Biologista Chefe, do Instituto Butantã, da Secretaria de Estado da Saúde, com o objetivo de ver-se dispensada de comparecer ao serviço, enquanto no exercício do cargo de Presidente do Sindicato dos Farmacêuticos no Estado de São Paulo, para o qual foi eleita com mandato de três anos.

Sustentou que a autoridade coatora, ao indeferir o seu pedido de afastamento do serviço, enquanto dirigente do Sindicato, contrariou a norma do art. 125, § 1^o, da Constituição Estadual de 1989, segundo o qual, “fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei”.

Aduziu que o cargo público em tela é ocupado por médicos, farmacêuticos, veterinários, biólogos ou qualquer outro profissional da saúde, já que inexistente a profissão de biologista; e que, por esse mesmo motivo, inexistente sindicato representativo da categoria de biologista.

Assim, a seu ver, não tem procedência o argumento segundo o qual não lhe socorre a norma constitucional transcrita, já que o Sindicato de Farmacêuticos não congrega profissionais biologistas; nem tampouco a objeção de que o Sindicato de Farmacêuticos não abriga com exclusividade servidores públicos, já que a norma Constitucional não estabelece restrições ou pré-requisitos para o afastamento do servidor.

Por fim, alegou a impossibilidade, face ao princípio da unicidade sindical, de organizar-se, em São Paulo, um sindicato representativo dos farmacêuticos funcionários públicos, razão pela qual não haveria ela como filiar-se, senão no já existente, que reúne todos os farmacêuticos, servidores públicos ou não.

O recurso, regularmente processado, subiu a esta Corte, onde a douta Subprocuradoria-Geral da República se manifestou pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO (VENCIDO)

O EXM^o SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO (Relator): O v. acórdão impugnado denegou a pretensão da Impetrante, sob dois fundamentos:

primeiramente, por não exercer ela função pertinente à profissão de farmacêutica, mas de biologista; e, em segundo lugar, por dispor a LC Estadual nº 343/84, que o afastamento em causa é restrito aos servidores eleitos para direção de entidades de classes representativas de funcionários e servidores do Estado.

Mostrou a Impetrante que o cargo de biologista, por ela exercido, é exclusivo de profissionais da saúde, entre eles os farmacêuticos, encontrando-se afastado, assim, o primeiro óbice.

Não foi convincente, todavia, no que concerne ao segundo.

Com efeito, a Constituição Estadual, ao assegurar o afastamento do servidor público, condicionou-o à ocupação de “cargo em sindicato de categoria”, vale dizer, da categoria de servidores públicos, e não da respectiva categoria profissional, isto é, da profissão em que se graduou o servidor.

Não revogou, portanto, nem no todo, nem em parte, a Lei Complementar do Estado, nº 343, de 6 de janeiro de 1984, que dispõe em seu artigo 1º, *verbis*

“Art. 1º. Poderão afastar-se para exercer seus mandatos nas entidades de classes representativas de funcionários e servidores do Estado, que congreguem, no mínimo, 500 associados, os Presidentes, Secretários-Gerais e Tesoureiros dessas entidades que sejam funcionários ou servidores públicos”.

Assim, o afastamento autorizado “é o do servidor eleito para cargo em sindicato de servidores públicos”.

A norma, assim interpretada, contrariamente ao que sustenta a Recorrente, não atenta contra o princípio da unicidade sindical, vez que não dispõe sobre a criação de sindicato, mas tão-somente sobre o afastamento do serviço, de servidor dirigente sindical.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Senhor Presidente, dirijo do nobre Relator. Estive atento à exposição feita pelo ilustre Advogado da Tribuna e lembro-me que ele iniciou com a leitura do art. 8º da Constituição Federal, exatamente argumentando com a liberdade

da associação profissional ou sindical, e entendo que, tendo a Constituição assegurado essa representação, inclusive ampliando-a para permitir que também os funcionários públicos se associassem em sindicato, há que se interpretar a norma extensivamente, sob pena de ferir-se mesmo o princípio da ampla liberdade sindical.

A norma constitucional pretende que os cidadãos se congreguem e se reúnam a defender os seus direitos, e aquela antiga restrição a que o funcionário público se sindicalizasse hoje já não existe, já não prevalece no Direito brasileiro, por força mesmo dessa própria Constituição, que assegurou o mais amplo direito.

Por isso é que também entendo que a Lei Estadual de São Paulo há que ser interpretada hoje em consonância com o art. 8º da CF, razão por que defiro a segurança.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 826 — SP — (91.0001782-5) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Recte.: Gilda Almeida de Souza. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Secretário do Governo do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Ruy Armando de Almeida Mello Júnior e outro e Anadil A. Amorim Mendonça Alves. Sustentaram, oralmente, os Drs. Alínio da Costa Monteiro, pela Recorrente, e Antônio Fernando Barros de Silva de Souza, pela Subprocuradoria-Geral da República.

Decisão: Após o voto do Sr. Ministro Relator (Ilmar Galvão), negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Hélio Mosimann, e do Sr. Ministro Peçanha Martins ao mesmo dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Américo Luz. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ (24.04.91 — 2ª Turma).

VOTO — VISTA

O EXMº SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Estão em confronto os votos dos eminentes Ministros ILMAR GALVÃO e PEÇANHA MARTINS, aquele acompanhado pelo preclaro Ministro HÉLIO MOSIMANN.

Leio os aludidos votos divergentes: lê.

Na petição inicial do mandado de segurança a impetrante, ora recorrente, esclareceu (fls. 2/4):

“1. A IMPETRANTE é servidora pública não concursada, tendo sido contratada em 30 de setembro de 1976, como bióloga, estando prestando serviços, desde essa época, no Instituto Butantã na Seção de Tuberculose e BCG do Serviço de Bacteriologia, ocupando o cargo de Biologista Chefe (cf. docs. 2 e 3).

“2. A IMPETRANTE é formada em farmácia e bioquímica e no exercício do direito a ela outorgado pela Constituição Federal (cf. artigo 37, inciso VI), associou-se ao Sindicato dos Farmacêuticos no Estado de São Paulo, entidade representativa dessa categoria profissional, reconhecida pela Carta Sindical passada em 08 de março de 1946 (Cf. doc. 4), com Estatutos devidamente registrados no Registro Civil das Pessoas Jurídicas — 4º Ofício, em 27 de abril de 1989, sob número 0183350 (cf. doc. nº 5) tendo como base territorial de atuação o Estado de São Paulo, possuindo mais de 2.000 associados.

“3. Como associada e no gozo das prerrogativas estatutárias, candidatou-se e foi eleita como Presidente dessa associação sindical em 6 de junho de 1989, com mandato de três anos, tomando posse em 10 de julho de 1989 (cf. doc. nº 6), de acordo com Ata de Posse devidamente registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas — 4º Ofício, em 19 de julho de 1989.

“4. O exercício do cargo de Presidenta do Sindicato dos Farmacêuticos trouxe à IMPETRANTE uma gama enorme de atribuições não só de ordem administrativa, como também, de representatividade da entidade, sem se falar na atuação sindical em todo o Estado de São Paulo, que tornaram incompatíveis a acumulação das duas funções (servidora pública e presidência do Sindicato), em razão da carga horária prestada à repartição em que está lotada.

“5. Diante de tal situação, aliás, incômoda, visto que durante os quase treze anos de serviço público galgou o posto de Biologista-Chefe, prova cabal de sua competência e dedicação, requereu à Administração seu afastamento do serviço público, com vencimentos, e vantagens, através do “ofício” datado de 04 de outubro de 1989 recebido pela Secretaria de Governo em 19 de outubro do mesmo ano (cf. doc. nº 7).

“6. O EXMº SR. SECRETÁRIO DE GOVERNO, em despacho, publicado no Diário Oficial de 21 de novembro de 1989, indeferiu a pretensão da IMPETRANTE, sob fundamento de que para a espécie faltava **amparo legal** (cf. doc. nº 8).

“7. Através de novo “ofício”, desta vez enviado pelo próprio Sindicato, assinado pela própria IMPETRANTE, na condição de Presidenta, reiterou a solicitação anterior, tendo a AUTORIDADE COATORA”, conhecido do pedido a **título de reconsideração, para no mérito indeferi-lo, mantendo-se, por via de consequência, a decisão de 20.11.89** (cf. Diário Oficial de 22 de dezembro de 1989, doc. nº 09).

8. Desta forma, este segundo despacho, em grau de reconsideração, manteve a decisão anterior, indeferindo a pretensão da IMPETRANTE, **por falta de amparo legal (SIC!)**.

9. Entretanto, tal ato administrativo, denegatório da solicitação da servidora, ora IMPETRANTE, merece correção, **pela via judicial, através de Mandado de Segurança, por contrariar expresso texto da Constituição Estadual, promulgada em 05 de outubro de 1989, em seu artigo 125, parágrafo primeiro.**”

Tendo sido denegada a impetração pelo acórdão de fls. 110/113 destes autos, embargado de declaração, e ante a rejeição dos embargos (fls. 120), foi interposto o recurso ordinário ora sob apreciação.

Estou em que procedem as razões recursais da impetrante, nestes tópicos que transcrevo (fls. 127/28):”

“Dispõe o artigo 125, parágrafo primeiro da Constituição do Estado de São Paulo, *verbis*:

“ARTIGO 125: O exercício do mandato eletivo por servidor público far-se-á com observância do art. 38 da Constituição Federal.

Parágrafo primeiro — Fica assegurado ao servidor público, eleito para ocupar cargo em sindicato de categoria, o direito de afastar-se de suas funções, durante o tempo em que durar o mandato, recebendo seus vencimentos e vantagens, nos termos da lei.

O v. acórdão, ora recorrido, primeiramente entendeu que a impetrante, ora recorrente, ocupando o cargo de bióloga, no serviço público, não poderia ser beneficiada pelo referido texto de lei, posto que é farmacêutica e ocupa cargo diretivo no Sindicato dos Farmacêuticos.

Cumprido ressaltar que a impetrante é formada, com curso superior, em farmácia e bioquímica, sendo certo que para concorrer ao cargo em que foi admitida no serviço público (BIOLOGISTA), era requisito indispensável que o candidato fosse

graduado na área de saúde, podendo ser médico, veterinário, biólogo ou farmacêutico. A impetrante, ora recorrente, preencheu a condição essencial para ingressar no serviço público, posto que tinha graduação em uma das áreas de saúde constantes do edital.

Outro aspecto, de suma importância a ser ressaltado, é que não existe a profissão de biologista, e sim de BIÓLOGO, BIOLOGISTA é APENAS e TÃO-SOMENTE A DENOMINAÇÃO DO CARGO FUNCIONAL OCUPADO PELA IMPETRANTE NO SERVIÇO PÚBLICO. Esse Cargo (de Biologista) pode ser ocupado por médicos, farmacêuticos, veterinários, biólogos ou qualquer outro profissional da área de saúde.

Não existindo a profissão de biologista, também não pode haver a categoria profissional de biologista e, conseqüentemente, sindicato representativo dessa categoria.

Portanto, o fundamento primeiro constante do v. acórdão no sentido de que a impetrante, sendo farmacêutica, pertence à categoria dos farmacêuticos, não pode ser beneficiada pelo art. 125, parágrafo primeiro, da Constituição Estadual, pois exerce no serviço público o cargo de biologista e não farmacêutico, é **improspéravel**, posto que biologista é apenas a denominação do CARGO ocupado pela impetrante e não a profissão ou categoria profissional.

Tanto isso é verdade que a impetrante não sendo BIÓLOGA (e sim FARMACÊUTICA) OCUPA HÁ MAIS DE TREZE ANOS O CARGO DE BIOLOGISTA. Se biologista não fosse denominação de cargo e sim profissão a impetrante não poderia exercer tal função no serviço público, pois não possuiria formação para tal. Porém, apesar de exercer a função de biologista, a impetrante não perdeu a condição de farmacêutica, posto que esta qualificação profissional era pressuposto para o preenchimento do cargo de biologista, quando da publicação do edital.”

E mais adiante, às fls. 129/132, sustenta a recorrente:

“Outro aspecto importante abordado pelo v. acórdão é o fato de que o Sindicato dos Farmacêuticos não congrega apenas servidores públicos, citando, ainda, o artigo 1º da Lei Complementar Estadual nº 343/84, como fundamento.

Inequivocamente, *data venia*, o referido artigo de lei foi derogado pelo artigo 125, parágrafo primeiro, da Constituição Estadual, posto que este não estabelece **restrições ou pré-**

requisitos para a concessão do afastamento do servidor público eleito dirigente sindical.

O artigo 125, parágrafo primeiro, da Constituição Estadual, assegura o direito de afastamento ao servidor público eleito para cargo diretivo em sindicato da categoria profissional. NADA MAIS. Não há em seu texto as restrições e parâmetros dispostos no artigo primeiro da Lei Complementar Estadual 383/84, citada no v. acórdão como fundamento para a denegação da segurança pelo fato de não ser o Sindicato dos Farmacêuticos representativo apenas de servidores públicos, e sim de todos os farmacêuticos, servidores ou não.

Se a referida Lei Complementar não estivesse derogada, fatalmente o texto constitucional estadual a ela faria referência ou a ela reportar-se-ia.

Claro está que o ilustre Prolator do V. Acórdão ora atacado, *data venia*, ao fazer a exegese do artigo 125, parágrafo primeiro, da Constituição do Estado de São Paulo, extrapolou os limites fixados no texto constitucional interpretado, ao afirmar que “é preciso assinalar que a Constituição do Estado ao assegurar essa faculdade ao servidor público, ao mencionar o sindicato de categoria, evidentemente que cuidou da categoria profissional em que esse mesmo servidor atua no serviço público e não em qualquer outra categoria ou profissão que possa ter, além da específica funcional”.

Da simples leitura do artigo 125, parágrafo primeiro, chega-se a entendimento diverso daquele esposado no v. acórdão. Primeiramente, o referido artigo não assegura uma faculdade e, sim, um direito. Em segundo lugar, não impõe a condição de que o sindicato deva ser o da categoria profissional referente a função exercida no serviço público.

E mesmo que assim o fosse, apenas por amor à argumentação, a impetrante ocupa o cargo de biologista, que tem como pressuposto para seu exercício a habilitação ou formação profissional na área de saúde, sem se falar que biologista é nomenclatura do cargo funcional e não profissão, ou categoria profissional como acima foi explanado.

Por outro lado, frise-se que o v. acórdão, às fls. 113, elenca as condições que a impetrante, ora recorrente, deveria preencher para ser beneficiada pelo afastamento, ou seja: a) se exercesse no serviço público o cargo de farmacêutica; b) se houvesse

um sindicato que representasse os servidores públicos farmacêuticos; c) fosse eleita presidenta desse sindicato.

Indubitavelmente, *data venia*, incorre o v. acórdão em dois erros conceituais ao fazer tal afirmação, erros estes que violam frontalmente dispositivos da Constituição Federal.

O primeiro deles refere-se ao exercício da profissão de farmacêutica no serviço público. Seria cansativo e repetitivo voltar a frisar que biologista é o nome do cargo exercido pela impetrante e que no desempenho dessa função há a compatibilidade com a profissão de farmacêutica, e que a associação da servidora ao seu sindicato de classe é livre, nos precisos e exatos termos do artigo 37, inciso VI da Constituição Federal, *verbis*:

“Artigo 37...

VI — é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;”

O segundo e mais grave, refere-se à existência de um sindicato de servidores públicos farmacêuticos que fere o princípio da unicidade sindical, perfeitamente definido no artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal, *verbis*:

“Artigo 8º...

II — é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregados interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;”

A tese esposada pelo v. acórdão no sentido de que a impetrante somente poderia beneficiar-se com o afastamento se fosse dirigente de sindicato de farmacêuticos servidores públicos esbarra no óbice do artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal. No Estado de São Paulo já existe um Sindicato representativo da categoria profissional dos farmacêuticos, que é justamente o presidido pela impetrante, não podendo ser criado qualquer outro dentro da mesma base territorial (Estado de São Paulo) que represente essa categoria.

Admitir-se essa idéia, o que se permite apenas para argumentar, visto que **ilegal**, seria o fim de todo o movimento sindical, posto que dentro da mesma base territorial haveria inúmeros sindicatos da mesma categoria profissional, com filosofias, reivindicações e postulações totalmente diversas.

O artigo 125, parágrafo primeiro, da Constituição Estadual, não contém as restrições ou condições vislumbradas pelo v. acórdão. É de conceituação ampla, genérica, e define, com clareza, que o servidor público eleito dirigente de sindicato de categoria (NOTE-SE QUE O TEXTO FALA DE CATEGORIA E NÃO DA CATEGORIA) terá o direito ao afastamento das funções com garantia de remuneração e vantagens.

O referido artigo de lei que fundamenta o pleito da imetrante está em perfeita consonância com o artigo 8º e seus incisos e com o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

Apenas *ad argumentadum*: tivesse o artigo 125, parágrafo primeiro, da Constituição Estadual, o sentido que lhe procura dar o v. acórdão, ora recorrido, fatalmente chocar-se-ia com o artigo 37, inciso VI (livre associação sindical para o servidor público) e com o artigo 8º, inciso II (unicidade sindical) da Constituição Federal.”

Com estas considerações, afigura-se-me que a Recorrente tem direito líquido e certo a merecer proteção judicial. Daí que, pedindo vênha aos eminentes Ministros ILMAR GALVÃO (RELATOR) e HÉLIO MO-SIMANN, acompanho o voto do ínclito Ministro PEÇANHA MARTINS, dando provimento ao recurso.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 826 — SP — (91.0001782-5) — Rel.: Min. Ilmar Galvão. Recte.: Gilda Almeida de Souza. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Secretário do Governo do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Ruy Armando de Almeida Mello Júnior e outro e Anadil A. Amorim Mendonça Alves.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Américo Luz dando provimento ao recurso, pediu vista o Sr. Ministro José de Jesus. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ (03.06.91 — 2ª Turma).

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente. No momento em que a Constituição atual permite que funcionário público possa participar de sindicato, realmente tem que ser na sua extensão maior.

Entendo que, sendo ela farmacêutica, tem o direito de presidir o sindicato da categoria a nível estadual.

Peço vênia ao Sr. Ministro-Relator para dar provimento ao recurso, acompanhando os votos dos Srs. Ministros Peçanha Martins e Américo Luz.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 826 — SP — (91.0001782-5) — Rel. Originário: Min. Ilmar Galvão. Rel. p/acórdão: Ministro Peçanha Martins. Recte.: Gilda Almeida de Souza. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Secretário do Governo do Estado de São Paulo. Recda.: Fazenda do Estado de São Paulo. Advs.: Ruy Armando de Almeida Mello Júnior e outro e Anadil A. Amorim Mendonça Alves.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro José de Jesus, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Ilmar Galvão e Hélio Mosimann, deu provimento ao recurso. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Peçanha Martins (19.06.91 — 2ª Turma).

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e José de Jesus. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 836 — PR (Registro nº 91.1978-0)

Relator: *O Exm^o Sr. Ministro Cláudio Santos*

Recorrente: *Indl. Garcia — Ind. Com. e Construções Civis Ltda.*

Impetrado: *Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Curitiba-PR*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*

Litiscons.: *José Diaz Pinam e Cia. Ltda.*

Advogados: *Nivaldo Migliozzi e Luis Fernando N. Loyola*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. TEMPESTIVIDADE. AGRAVO RETI-

DO. AUSÊNCIA DE IMINÊNCIA DE DANO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

A apresentação de embargos declaratórios suspende o prazo para a interposição do recurso ordinário.

É manifesta a ausência da iminência do dano decorrente do provimento judicial se a parte limitar-se a atacá-lo através de agravo retido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 27 de maio de 1991 (data do julgamento).

Ministro NILSON NAVES, Presidente. Ministro CLÁUDIO SANTOS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Trata-se de recurso ordinário interposto de decisão de mandado de segurança, proferida pelo 1º Grupo de Câmaras Cíveis, do Eg. Tribunal de Justiça do Paraná, que teve o *writ* por incabível, face ser interposto de ato atacado através de agravo retido.

Nesta instância superior, a douta Subprocuradoria opina pelo não conhecimento do apelo, em razão de sua intempestividade, ou pelo seu desprovimento.

É como relato.

VOTO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. TEMPESTIVIDADE. AGRAVO RETIDO. AU-

SÊNCIA DE IMINÊNCIA DE DANO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

A apresentação de embargos declaratórios suspende o prazo para a interposição do recurso ordinário.

É manifesta a ausência da iminência do dano decorrente do provimento judicial se a parte limitar-se a atacá-lo através de agravo retido.

O EXMO. SR. MINISTRO CLÁUDIO SANTOS (Relator): Reproduzo a parte conclusiva do parecer da Procuradoria, subscrito pelo ilustre Subprocurador, Dr. João Henrique Serra Azul:

“4. O recurso ordinário foi interposto em 20 de agosto de 1990. O Ministério Público, em parecer de lavra do ínclito Procurador de Justiça, Dr. Felix Fischer, assim se posicionou:

“Trata-se de recurso ordinário, interposto por Industrial Garcia — Indústria, Comércio e Construções Civis Ltda. contra a prestação da tutela jurisdicional de segundo grau consubstanciada, nos vv. Acórdãos de nº 1.448, nº 1.495 e nº 1.496, do 1º Grupo de Câmaras Cíveis do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A nosso ver, o recurso em exame não merece prosperar.

Preliminarmente, cumpre destacar a intempestividade do recurso interposto.

A recorrente impetrou mandado de segurança contra ato judicial, para qual a lei prevê recurso de agravo.

A impetração foi julgada pelo acórdão de fls. 151/155, que não conheceu da segurança. O referido acórdão foi publicado no dia 07/05/90 (fls. 156). No dia 14/05/90 (fls. 159), a impetrante interpôs agravo regimental contra o despacho de fls. 35v., que denegou a liminar, alegando que não fora intimado de referida decisão.

Todavia, pelo Acórdão de fls. 178/179, não foi conhecido o agravo regimental, por não ser veraz a afirmação de falta de intimação, pela existência de certidão nos autos em sentido contrário (fls. 120) e por ser incabível a interposição do mencionado agravo após o julgamento da impetração. Citado acórdão foi publicado no dia 09/08/90 (fls. 181) e na mesma data foi publicado o acórdão de fls. 184/186, que

rejeitou os embargos de declaração oferecidos. E em 20/08/90 o recorrente protocolou o recurso ordinário em exame, pedindo a reforma do acórdão de fls. 153, de nº 1.448 (v. parte final da petição recursal). Todavia, referido acórdão, como vimos, foi publicado em 07/05/90. Logo, o recurso ordinário foi protocolado quando já transcorreria o prazo recursal. Por isso, o recurso foi interposto serodidamente.

Quanto ao mérito, a pretensão da recorrente não merece ser acolhida.

O ato judicial, contra o qual a recorrente impetrou o *writ*, é passível de revisão pela via recursal. Ademais, a impetrante já manifestara seu inconformismo contra ele, interpondo **agravo retido**. Logo, impraticável a suspensão do ato, pela concessão da segurança, já que o agravo retido somente será ou não conhecido na hipótese de futura apelação e desde que obedecidas as formalidades do art. 522, § 1º do CPC e, se suspensos seus efeitos até o julgamento do agravo retido, como pretende a recorrente, permaneceriam esses efeitos suspensos além da data da prolação da sentença de primeiro grau, até a apreciação pelo Tribunal *ad quem*, sem justificação plausível.

Assim, ante o exposto, opinamos pelo não conhecimento do recurso, por ser intempestivo e, no mérito, pelo seu improvimento.” (fls. 215/217).

5. As lúcidas considerações do Ministério Público local tanto mostram o descabimento da segurança, como a intempestividade do apelo.

Isto posto, opinamos pelo não conhecimento do recurso ou pelo seu desprovimento.” (fls. 225/227)

Data venia, conheço do recurso por considerá-lo tempestivo.

O acórdão contendo o julgamento do *mandamus* foi publicado no dia 07.05.90. No dia 10 de maio os autos foram retirados pelo advogado da parte, sendo apresentados embargos de declaração no dia 14 do mesmo mês. Publicado o julgamento dos embargos no dia 09 de agosto do ano de 90, a impetrante recorreu ordinariamente no dia 20 de agosto, segunda-feira, no último dia do prazo restante.

O fato de a parte dizer que estava recorrendo do primeiro acórdão, proferido na apreciação do *writ*, não acarreta as conseqüências que se pretende tirar do fato.

O prazo do ordinário foi suspenso, com a interposição dos embargos de declaração.

Quanto ao mérito, realmente é irreparável a decisão do insigne Tribunal do Paraná.

De conformidade com a construção pretoriana, o mandado de segurança de ato judicial somente é viável se, além da ilegalidade, não comportar o ato recurso com efeito suspensivo e ser o dano irreparável ou de difícil reparação iminente.

A interposição do ato de agravo retido já afasta o último requisito.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 836 — PR — (91.1978-0) — Relator: O Exmo. Sr. Ministro Cláudio Santos. Recte.: Indl. Garcia — Ind. Com. e Construções Civis Ltda. Impdo.: Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Curitiba-PR. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Litisc.: José Diaz Pinam e Cia. Ltda. Advs.: Nivaldo Migliozi e Luis Fernando N. Loyola.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário. (em 27.05.91 — 3ª Turma)

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade e Waldemar Zveiter votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro NILSON NAVES.



MANDADO DE SEGURANÇA Nº 849 — DF

(Registro nº 91.0005651-0)

Relator: *Exmo. Sr. Ministro Peçanha Martins*

Impetrante: *Dilson Fernandes dos Reis*

Impetrado: *Ministro de Estado da Educação*

Advogado: *Paulo Torres Guimarães*

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA — PENA DISCIPLINAR APLICADA PELA ADMINISTRAÇÃO

PÚBLICA — CABIMENTO — DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

É admissível mandado de segurança contra pena disciplinar imposta pela Administração Pública, frente aos termos do art. 5º, inc. LV, da CF. A apreciação do mandado circunscreve-se aos aspectos da legalidade do ato, não adentrando o mérito da medida administrativa. Conversão da demissão em suspensão foi mais benéfica para o impetrante, justificando o discricionarismo da autoridade administrativa. Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Sessão do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, indeferir o mandado de segurança, na forma do relatório e notas taquigráficas anexas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro AMÉRICO LUZ, Presidente. Ministro PEÇANHA MARTINS, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: DILSON FERNANDES DOS REIS, professor, impetrou mandado de segurança contra a Portaria nº 1.144 do Exmo. Sr. Ministro da Educação, publicada no DOU — II, de 18.12.90, que o puniu com suspensão por 90 dias, destituição da Função de Diretor e obrigação de ressarcir quantia liberada indevidamente do FGTS.

Alega que as faltas administrativas ditas por ele praticadas não autorizariam a punição, eis que agia de boa-fé e no ato de suas atribuições quando nomeou um motorista para o exercício de função de coordenador; não nomeou seu irmão para serviços sob sua chefia, manteve-o, simplesmente no cargo, sob a chefia da Divisão de Administração.

Argúi que dois dos dispositivos legais referidos no ato impugnado cuidam de demissão, pelo que teriam sido erradamente utilizados para justificar a sua punição. Pede a anulação da Portaria e a reassunção ao cargo de Diretor-Geral da Escola Agrotécnica Federal de Manaus.

Não tendo havido pedido de concessão de liminar, determinei a notificação do Exmo. Sr. Ministro da Educação, que nas informações prestadas alegou:

1) não cabimento do *writ*, em face à regra contida no art. 5º, inciso III, da Lei 1.533/51, e jurisprudência do STF;

2) o impetrante não requereu a revisão administrativa da punição disciplinar, não tendo esgotado os recursos administrativos;

3) a intempestividade do requerimento da segurança;

4) que o desvio de função do motorista não foi emergencial ou temporário, e efetivamente mantinha o seu irmão sob sua chefia;

5) que o impetrante foi afastado do cargo em razão de escândalos noticiados pela imprensa e da morte de um aluno interno, fatos que determinaram a instauração de Comissão de Inquérito, que após apuração regular dos fatos, assegurada ampla defesa, sugeriu as penalidades administrativas aos culpados, inclusive o Impetrante. Justificou, ainda, o fato de terem sido invocados dispositivos legais justificadores da pena de demissão, embora aplicada a punição menor com o princípio de direito — *quem pode mais; pode o menos*”.

Ouvida, a douta Subprocuradoria emitiu parecer concluindo pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS (Relator): O ato impugnado foi publicado no D.J. de 18.12.1990 (fl. 12) e o mandado de segurança foi distribuído tempestivamente no dia 12.04.1991.

A preliminar de não cabimento por não ter o Impetrante exaurido a via administrativa não prospera diante dos termos amplos do art. 5º, inciso LV, da CF, que não legitima, de nenhum modo, a exclusão dos atos disciplinares do âmbito do *writ*. A jurisprudência do S.T.J. consagra a admissibilidade do *mandamus*:

“Mandado de Segurança. Sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República — Demissão qualificada — Admissibi-

lidade do mandado de segurança — Preliminar rejeitada — Processo administrativo-disciplinar — Garantia do contraditório e da plenitude de defesa — Inexistência de situação configuradora de ilegalidade do ato presidencial — Validade do ato demissório — Segurança denegada.

1. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar. O que os juízes e tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de poderes, são conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar.

Isso não significa, porém, a impossibilidade de o judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. **O que se lhe veda, nesse âmbito, é tão-somente o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública...** (MS 20.999-DF — STF — DJ 25.5.90, pág. 4.605 — grifamos).” (fls. 112/118)

Como se vê, ao Judiciário veda-se tão-somente o exame do mérito da decisão administrativa. Cumpre, pois, examinar os aspectos da legalidade do ato.

O Sr. Ministro da Educação juntou às suas informações cópia do inquérito administrativo, no qual a Comissão designada concluía pela sanção aplicada, assegurados ao Impetrante ampla defesa e contraditório.

O alegado “equivoco” na indicação dos dispositivos legais, em nada prejudicou o Impetrante. Ao revés, como acentuou o Impetrado, converteu-se a demissão, pena aplicável pelas regras invocadas, em suspensão, beneficiando-se, portanto, o Requerente, com a pena mais branda.

O discricionarismo disciplinar da Administração se exerceu, graduando para menor a pena.

À vista do exposto, denego a segurança.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ILMAR GALVÃO: Sr. Presidente, parece-me claro que no voto do Eminentíssimo Sr. Ministro-Relator foram assegura-

radas ao impetrante todas as garantias constitucionais para resguardo do seu direito. Assim, não há como censurar o auto da autoridade.

EXTRATO DA MINUTA

MS nº 849 — DF — (91.0005651-0) — Rel.: Min. Peçanha Martins. Impetrante: Dilson Fernandes dos Reis. Impetrado: Ministro de Estado da Educação. Adv.: Paulo Torres Guimarães.

Decisão: A Seção, por unanimidade, indeferiu o mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (11-06-91 — 1ª Seção).

Os Srs. Ministros Geraldo Sobral, Ilmar Galvão, José de Jesus, Garcia Vieira e Hélio Mosimann votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Pedro Acioli. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro AMÉRICO LUZ.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 866 — SP

(Registro nº 9126468)

Relator: *O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral*

Recorrente: *Virgilio Egydio Lopes Enei*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*

Recorrida: *Municipalidade de São Paulo*

Advogados: *Drs. Alfredo Walter Lambiase e outros e José de Araújo Novaes Neto*

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ATO DISCIPLINAR. MOTIVO. AFERIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. ESTABILIDADE. SERVIDOR. CF/69, ART. 100. EXONERAÇÃO. FALTA DE MOTIVAÇÃO.

I — O Judiciário pode e deve examinar o motivo ou mérito do ato administrativo, no que não for estritamente discricionário.

II — Comprovado às escâncaras o estado de doença prolongada que acometeu o servidor, não poderia a administração, a seu *nutum*, desconsiderando os motivos que o impediram de comparecer ao serviço, sem processo administrativo, a lhe garantir ampla defesa, exonerá-lo, mesmo porque estável, já que sob a égide da Constituição Federal pretérita que, em seu art. 100, assim dispunha: “serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso”. Assim é que todo o lapso temporal em que se encontrava o servidor em licença médica há de ser considerado como em exercício.

III — Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 17 de junho de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GERALDO SOBRAL, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL: Virgílio Egydio Lopes Enei impetrou mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que o exonerou (Procurador concursado que era) dos Quadros daquele Órgão, no interesse do Serviço Público.

O colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, no entanto, denegou a ordem, às seguintes considerações:

a) Ser vedado ao Judiciário analisar os motivos do ato disciplinar; e

b) Não caracterizar a licença médica tempo de efetivo serviço, interrompendo, destarte, o estágio probatório por isso que legitima a sua exoneração, independentemente de processo administrativo.

Inconformado, o sucumbente entrou com o presente Recurso Ordinário, com espeque no art. 105, II, b, da Constituição Federal, aduzindo, em síntese, que a sua exoneração padeceu de vício uma vez que, admitido no Tribunal em 7 de agosto de 1986, sendo exonerado via procedimento sumário, por ter faltado ao serviço por mais de trinta dias, a contar de 14.07.86, no dia seguinte ao término de sua licença médica já era estável impondo-se, destarte, se lhe desse ampla defesa através de processo administrativo. Ademais, aduz, houve erros de forma no referido procedimento sumário, dentre os quais a falta de seu interrogatório e a sua ausência na inquirição de testemunhas de acusação, e que, estando doente, não podia, como atestam os vários laudos médicos, comparecer ao serviço. Assim, a sua exoneração, confirmada pelo v. aresto recorrido, olvidou a regra dos arts. 17 e 65, *caput*, do Estatuto dos Funcionários Públicos (Lei 8.989/79) e malferiu a Constituição então vigente, art. 100.

Impugnação a fls. 271/275, pela mantença do r. decisório recorrido.

Nesta instância, a douta Subprocuradoria-Geral da República, em o seu parecer, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GERALDO SOBRAL (Relator): Adoto, como razão de decidir, o judicioso pronunciamento da douta Subprocuradoria-Geral da República, da lavra do seu culto Subprocurador-Geral, Dr. GETÚLIO VELASCO CANTANHEDE, *in verbis*:

“Em nosso entender, tem razão o recorrente, na sua irrequição.

Para a denegação do *mandamus*, o acórdão recorrido afastou os defeitos de forma alegados, partiu do pressuposto de que é vedado ao Judiciário analisar os motivos do ato disciplinar, e depois considerou como questão nuclear ao deslinde da controvérsia saber se a licença médica tirada pelo recorrente poderia, óu não, ser computada no prazo de dois anos do estágio probatório, para efeito de aquisição de estabilidade no serviço público.

Entendendo que a licença médica interrompeu o estágio probatório, porque a lei exige **efetivo serviço**, julgou não ter o recorrente adquirido a estabilidade, daí ter sido legítima a sua exoneração por conveniência do serviço público, independentemente de processo administrativo.

Não nos parece acertada a solução dada à lide pelo Tribunal recorrido.

Conforme é sabido na doutrina e tem tido acolhimento na jurisprudência, o motivo do ato disciplinar pode ser aferido pelo Judiciário, toda vez que ele não corresponda ao conteúdo da sanção administrativa.

Se um funcionário é acusado de ter cometido peculato, que é o pressuposto de fato (motivo) da sanção disciplinar, e, visando desconstituir o ato punitivo, alega que não o praticou, e se o fez foi por justa causa, coação ou por outro motivo determinante da exclusão da culpabilidade, o Judiciário pode examinar a realidade fatural, para verificar se é exata ou não a alegação, e, em sendo, declarar a nulidade de tal ato. Em suma, pode e deve examinar o motivo toda vez que for imprescindível ao exame da legalidade do ato administrativo, punitivo ou não.

É que, no dizer de VITOR NUNES LEAL (problemas de Direito Público, págs. 256/277), "A legalidade do ato administrativo compreende, não só a competência para a prática do ato e suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei, como vinculadora do ato administrativo). Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente, ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseie num dado que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente." Por outro lado, o exame dos motivos, permitido em mandado de segurança, constitui, no ensinamento desse autor, exame de mérito, mas daquela espécie não interdita ao Judiciário, porque "nem todo o exame de mérito está excluído da noção de legalidade. "Há questões de mérito que exorbitam da legalidade, como há questões de mérito que se inserem no conceito de ilegalidade. O mérito (12) exorbitante da legalidade e constituído justamente pelo conteúdo discricionário (conveniência, oportunidade, razoabilidade, etc.) que pode existir mesmo nos atos administrativos vinculados." (pág. 266). Ou, no dizer de CASTRO NUNES, cita-

do por VITOR NUNES LEAL, "... a apreciação do mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por "indevida aplicação do direito vigente".

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR ensina, por sua vez, que o mérito não se apresenta com o mesmo sentido do direito processual, onde constitui a substância da lide; é apenas um elemento eventual e restrito do ato administrativo; o mérito está em conexão com o motivo e objeto do ato administrativo; faz parte do exame da legalidade. "A verdade é que nem todo exame de mérito está excluído da legalidade." (Do Desvio de Poder, págs. 49/50).

No caso concreto, portanto, visto que o Judiciário pode examinar o motivo, mérito, de ato administrativo, no que não for estritamente discricionário, o acerto da controvérsia dependia de verificar se o recorrente faltou ao serviço por justa causa ou não, de modo a investigar-se o fundo do direito, e não focar-se apenas um dos ângulos da questão, limitando-se a apurar se a licença médica era imprestável ou não para a interrupção do estágio probatório.

Tendo isso como assente, não há menor dúvida, através do exame das provas, que o recorrente, desde 14.03.87, conforme relatório médico de fl. 32 v., da Secretaria de Higiene e Saúde da Prefeitura Municipal, estava doente, sendo que começou a faltar no serviço a partir de 23.03.87 (fl. 28). Dando conta dessa doença prolongada, há, ainda, o atestado médico do Dr. Carlos Alberto de Castro Cerqueira, certificando que o recorrente esteve sob seus cuidados médicos desde março/87. (fls. 55).

Confirmam também o estado doentio do recorrente o Juiz de Direito Dr. Caetano Lagrasta Neto (fls. 37), o Procurador Municipal Dr. Sérgio Lazzarini (fls. 40/41), e o Dr. Silvino Alves de Carvalho, este informando que em março/87 o recorrente estava acamado, impossibilitado de trabalhar, e, em abril, atacado de hepatite.

O recorrente entrou de licença médica em agosto/87 (fls. 83), sendo vários os documentos nos autos demonstrando as internações dele em hospitais (fls. 47, fls. 50, fls. 51, fls. 63) da

cidade de São Paulo, a mostrar que a falta no serviço público se deveu, realmente, a um estado de doença prolongado.

Ressalte-se que o estado de saúde doente do recorrente foi reconhecido até por uma Comissão Processante, no seu relatório, sobre o procedimento sumário instaurado para a apuração das faltas, opinando pelo arquivamento, em razão de ter considerado justificadas as ausências ao serviço (fls. 70).

No entanto, ao depois, a Administração entendeu necessária instauração de processo administrativo, por considerar o recorrente estável, sob o entendimento de que a licença médica não interromperia o estágio probatório. Mas, ao invés de ser instaurado esse processo, a Secretária Processual, Dra. Vanda de Oliveira Pasqualini, deu parecer contrário, considerando válido o procedimento sumário instaurado, julgando ter a licença médica interrompido o prazo do referido estágio, mas divergindo quanto à conclusão da Comissão Processante, opinando pela exoneração do recorrente, pela ausência de estabilidade deste.

Ora, esse parecer, apesar de opor-se à conclusão opinativa da Comissão processante, não infirmou a nosso ver, a realidade, ou seja, não demonstrou que o recorrente não estivera doente em março/87.

A justa causa para a falta ao serviço está caracterizada, não podendo exonerar-se o recorrente por esse fundamento, tal como aconteceu.

É que, mesmo no estágio probatório, a Administração só pode exonerar o funcionário desde que aponte e comprove as faltas que repute incompatíveis com esse estágio; não pode exonerá-lo sem motivo, senão campearia a puro subjetivismo, a arbitrariedade. E, verificado o motivo, há ainda que saber se milita em favor do funcionário justa causa, a obstar o afastamento do serviço público.

Por outro lado, se admitir-se que inexistente justa causa (doença prolongada) para anular-se a exoneração perpetrada, sob o ponto de vista formal, entendemos que, conforme demonstrado nos autos, via parecer do Dr. João Lopes Guimarães, o caso não era de instauração de procedimento sumário, mas de processo administrativo, daí em consequência, ser nulo o ato exonerativo.

É que, dizendo a Constituição anterior (art. 100) “Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso”, resulta que o tempo da licença médica é computado como de serviço publico, tal como ocorre com as férias.

Na Carta Magna atual, consoante demonstrado no aludido parecer, a dicção é diferente, dizendo só haver estabilidade após dois anos de **efetivo exercício** (fls. 216), o que é diferente de tempo de serviço, que compreende até o de vínculo trabalhista (fls. 218).

Correto o parecer quando conclui: “Assim é que o consulente tendo completado seu tempo sob a vigência da ordem constitucional anterior, todo esse lapso temporal em que se encontrava em licença-médica, é considerado como em **exercício** para os efeitos do estágio probatório.” (fls. 219).

O parecer, em conseqüência, é pelo provimento do recurso ordinário, para o fim de anular a exoneração impugnada, seja porque está justificada a ausência ao serviço, seja por não ter-se instaurado processo administrativo para a apuração da falta administrativa, em razão de ser estável o recorrente.” (Fls. 315/320).

Isto posto, dou provimento ao recurso para anular a exoneração, e determinar o retorno do servidor ao referido cargo.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente. Embora tenha uma certa ojeriza por atestados médicos, porque é sabida a facilidade com que alguns médicos dão atestados, muitas vezes, falsos. Mas neste caso, o atestado não sofreu sequer impugnação. Sendo assim, não há porque negar o direito ao recorrente.

Acompanho o Eminentíssimo Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 866 — SP — (9126468) — Rel.: O Exmo. Sr. Ministro Geraldo Sobral. Recte.: Virgílio Egydio Lopes Enei. T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impdo.: Presidente do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Recda.: Municipalidade de São Paulo.

Advs.: Drs. Alfredo Walter Lambiase e outros e José de Araújo Novaes Neto.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Relator. (em 17.06.91 — 1ª Turma).

Os Srs. Ministros Garcia Vieira e Pedro Acioli participaram do julgamento. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro PEDRO ACIOLI.



RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.017 — MS
(Registro nº 91.0009220-7)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Tânia Gonçalves Fernandes*

Impetrado: *Governador do Estado de Mato Grosso do Sul*

Recorrido: *Estado de Mato Grosso Sul*

T. Origem: *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul*

Advogados: *Drs. José Goulart Quirino e outros, Nelson Mendes Fontoura Júnior*

EMENTA: PROMOTORA — DEMISSÃO — PROCESSO ADMINISTRATIVO — AMPLA DEFESA.

Não se exige, na sindicância, a obediência ao princípio da ampla defesa, sendo certo que este foi rigorosamente observado no processo administrativo que resultou na demissão da recorrente.

A demissão baseada em regular processo administrativo, envolvendo promotora em estágio probatório, não está sujeita à vedação da Lei nº 7.773/89.

Afastada, ainda, a alegada falta de fundamentação da decisão impugnada.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 02 de setembro de 1991 (data do julgamento).

Ministro PEDRO ACIOLI, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Trata-se de mandado de segurança impetrado por TÂNIA GONÇALVES FERNANDES, titular da Promotoria de Justiça da Comarca de Rio Brilhante-MG contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul consubstanciado na sua demissão após processo administrativo baseado em sindicância na qual não lhe foi assegurada a participação, com violação, portanto, aos artigos 196, 197 e 198 da Lei Complementar nº 11/82.

Processado regularmente o feito, o Colendo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul assim decidiu a espécie dos autos:

“MANDADO DE SEGURANÇA — INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE COATORA FIRMADAS POR PROCURADOR — DESENTRANHAMENTO REJEITADO — ELEMENTO INFORMATIVO AO ESCLARECIMENTO DOS FATOS — DEMISSÃO DE PROMOTOR PÚBLICO — PROCESSO ADMINISTRATIVO FINCADO EM SINDICÂNCIA ANTERIOR — FINALIDADE E NATUREZA JURÍDICA DA SINDICÂNCIA — RESOLUÇÃO OU PORTARIA INAUGURAL COM DESCRIÇÃO OBJETIVA DOS FATOS IMPUTADOS COMO ILÍCITOS FUNCIONAIS — DEFESA AMPLA E PROVEITOSA — PERFEITA CIÊNCIA DOS FATOS — COMPETÊNCIA DO GOVERNADOR PARA APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO — DISPOSIÇÃO DIVERSA ADVINDA DA NOVA CARTA CONSTITUCIONAL DO ESTADO — PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO — DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA — APLICAÇÃO DE PENA DISCIPLINAR DURANTE PERÍODO ELEITORAL — EXEGESE DA

LEI FEDERAL Nº 7.773/89 — INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE — WRIT DENEGADO.

1. As informações no mandado de segurança devem ser firmadas pela autoridade coatora. Tal irregularidade, na hipótese, desaconselha o desentranhamento da peça, eis que sem influência direta no *decisum* e operando como simples elementos informativo.

2. Sindicância administrativa pode instrumentalizar aplicação de pena disciplinar de natureza leve, desde que obedecido o princípio do **due process of law** pela Administração, podendo, também, funcionar como investigação de fatos ensejadores de pena grave e como medida preparatória do futuro processo administrativo, sendo que, nessa hipótese, não haverá necessidade de defesa do sindicato ou de sua intervenção.

3. É válido o ato inaugural do processo administrativo, no tocante à descrição dos fatos imputados, quando nele consta expressa referência aos fatos apurados durante a sindicância preparatória, especialmente quando o próprio acusado, em sua manifestação defensiva, requer expressamente a dispensa da leitura pormenorizada daqueles fatos, promovendo, por outro lado, uma defesa combativa, proveitosa e ampla.

4. Tendo a nova Constituição estadual concedido autonomia funcional ao Ministério Público, em dispositivo auto-aplicável, a competência para apreciar o pedido de reconsideração da aplicação de pena disciplinar desloca-se do Governador para o Procurador-Geral de Justiça.

5. A Lei Federal nº 7.773/89 pretendeu apenas que demissões e nomeações feitas nos períodos pré e pós-eleição não tenham conotação de vingança ou de favor eleitoreiro, sem impedir, por óbvio, que servidor, regularmente processado, possa ser julgado administrativamente.”

Inconformada, a impetrante interpôs o presente recurso ordinário sustentando, preliminarmente, a invalidade das informações porque não subscritas pela autoridade coatora, no caso, o Governador do Estado.

No mérito, sustenta, em síntese, que o Egrégio Tribunal *a quo* apreciou mal a prova documental produzida e não fundamentou devidamente o acórdão, restando violados os artigos 131 do CPC e 192, 196 e 199 da Lei Complementar nº 11/82.

Ratifica os fundamentos da impetração, invocando:

“a) o direito de só responder a processo administrativo disciplinar que tenha por base sindicância instaurada e levada a efeito com observância das garantias constitucionais de que tratam os incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Federal;

b) direito de só ser processada administrativamente, através de processo disciplinar instaurado por ato inaugural que descreva objetivamente e qualifique juridicamente os fatos imputados de modo a permitir o exercício de ampla defesa;

c) o direito de só ser punida disciplinarmente, por decisão fundamentada na autoridade competente, mediante valoração de todas as provas colhidas na instrução do PAD e apreciação de todos os fundamentos da defesa apresentada, além da indicação das razões de convencimento adotado pela autoridade;

d) o direito de não poder ser punida com pena de demissão no período eleitoral, estabelecido pelo artigo 15, da Lei nº 7.773, de 08/06/89.”

Requer o conhecimento e provimento do presente recurso, declarando-se a nulidade do ato expedido pelo Governador do Estado pelo qual ilegal, inconstitucional e injustamente aplicou-se à recorrente a pena de demissão. Pleiteia, por fim, seja determinada a sua reintegração no cargo de Promotora de Justiça, sem prejuízo do pagamento dos vencimentos do período compreendido entre a expedição do ato impugnado e a data da concessão da segurança por este C. Tribunal (fls. 680/696).

Oferecidas contra-razões (fls. 702/707), subiram os autos a este C. Tribunal, tendo a douta Subprocuradoria-Geral da República opinado pelo desprovimento do recurso (fls. 716/723).

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Sr. Presidente. As informações foram prestadas e subscritas pela autoridade apontada como coatora (fls. 132/147), não procedendo a preliminar argüida pela recorrente (fls. 681/683).

Por ter tomado conhecimento de fatos graves, atribuídos à recorrente, atentatórios ao decoro e ao prestígio da própria instituição, foi realizada uma sindicância pelo Exmo. Sr. Corregedor-Geral do Ministé-

rio Público local e, como houve apuração destes fatos, o Egrégio Conselho Superior decidiu pela instauração do processo administrativo.

Entende a recorrente ser imprestável a sindicância porque nela não teria tido oportunidade de defesa. O princípio da ampla defesa deve ser obedecido no processo administrativo e não na sindicância. Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª ed. atualizada, ensina que:

“Sindicância — Sindicância administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição do infrator. Pode ser iniciada com ou sem sindicato, bastando que haja indicação da falta a apurar. Não tem procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo realizar-se por um ou mais funcionários designados pela autoridade competente. Dispensa defesa do sindicato e publicidade no seu procedimento por se tratar de simples expediente de verificação de irregularidade e não de base para punição, equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal. É o verdadeiro inquérito administrativo que precede o processo administrativo disciplinar”. (pág. 595)

José Cretella Júnior, no seu *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed. revista e atualizada, esclarece que:

“Sindicância administrativa ou, abreviadamente, sindicância, é o meio sumário de que se utiliza a Administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável”. (pág. 647)

Celso Ribeiro Bastos, em seus *Comentários à Constituição*, 2º volume, 1989, acentua que:

“Uma palavra deve ser dita a propósito da sindicância. A Administração, quando não em condições de instaurar imediatamente o procedimento cabível, dispõe do instrumento da sindicância que tem por propósito a averiguação ou a apuração de um fato. A sindicância não implica, num primeiro momento ao menos, a existência de culpados. Daí porque dispensar o contraditório e a ampla defesa. A mera condição de sindicato não confere ao servidor as prerrogativas em pauta”. (pág. 269)

Como se vê, não se exige, na sindicância, a obediência ao princípio da ampla defesa... A Constituição assegura o princípio do contraditório

aos litigantes em processo e não em sindicância (art. 5º, LV). O contraditório e ampla defesa não se aplicam nem mesmo ao inquérito policial e é isso o que demonstra Celso Ribeiro Bastos, ob. cit. pág. 269, ao afirmar que a mera suspeita de envolvimento no inquérito policial, não justifica a utilização dos meios constitucionais de defesa e que "... os envolvidos em inquérito policial não podem ser tidos por acusados nos termos da Constituição. A acusação é sempre uma irrogação a alguém da prática de um ato condenável, no caso de um ilícito penal. Enquanto não advenha este ato estatal que impute a uma determinada pessoa a prática do delito, esta não pode ser tida por acusada. A fase investigadora é portanto preparatória da acusação, uma vez que só pelo desenvolvimento do ocorrido e pela identificação da autoria é possível praticar-se o ato formal de acusação.

Ante o exposto, consideramos inaplicável ao inquérito policial o contraditório e a ampla defesa" (pág. 269).

Para José Cretella Júnior, ob. cit. "... a sindicância está para o processo administrativo assim como o inquérito policial está para o processo penal" (pág. 648).

Hely Lopes Meirelles, ob. cit., diz que:

"Desde a citação acusatória deverá ser facultado ao indiciado, ou ao seu advogado, o exame dos autos na repartição, para apresentação da defesa e indicação de suas provas no prazo regulamentar, possibilitando-lhe o acompanhamento de toda a instrução. Nesse conhecimento da acusação, com oportunidade de contestação, apresentação de contraprovas e presença nos atos instrutórios é que se consubstancia a ampla defesa assegurada pela Constituição (artigo 153, § 15) e sem a qual é nulo o julgamento condenatório". (pág. 594)

A Procuradoria-Geral só estava obrigada a assegurar à recorrente a ampla defesa no processo administrativo e não na sindicância e isto foi regularmente feito. No processo administrativo a recorrente foi citada, interrogada, produziu provas, esteve presente, devidamente acompanhada de seu advogado em toda a fase instrutória, enfim, teve ela todas as oportunidades de defesa.

Nossa Corte Maior, no RE nº 102.657-GO, DJ de 10.04.87, entendeu que:

"Administrativo.

Funcionalismo. Inquérito administrativo.

Não se configura cerceamento de defesa ter sido citado o funcionário, somente após a fase de sindicância, para

apresentá-la. O disposto, no particular, no Decreto-lei estadual nº 147, de 13.03.70 corresponde ao art. 222 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União que jamais foi considerado inconstitucional. Citado, pode o funcionário requerer as provas que desejar, inclusive reinquirição de testemunhas. A negativa injustificada poderá implicar, então, em cerceamento de defesa, mas não constando ter qualquer prova sido recusada ao recorrente o alegado cerceamento não se tem como configurado.” (RTJ — 121/655)

A alegação de falta de fundamentação da decisão impugnada também não procede. Para se chegar a esta conclusão, basta que a mesma seja lida. Trata-se de uma decisão plenária de um Tribunal, de dezoito laudas datilografadas (fls. 660/677), na qual são especificados com clareza e precisão os vários atos reprováveis, ilegais, indignos e afrontosos à própria instituição, atribuídos à impetrante e apresentados os dispositivos legais aplicados. A parte dispositiva está precedida de ampla explanação dos fatos, dos atos irregulares atribuídos aos recorrentes e os dispositivos legais que autorizam a instauração do processo e o afastamento dela.

O Pretório Excelso, no MS nº 20.395-1, Relator Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, impetrado contra decisão do extinto TFR que colocou em disponibilidade um Juiz Federal, firmou o seguinte entendimento:

“Para estar fundamentada a decisão que coloca magistrado em disponibilidade por interesse público, basta que se funde — e a ele, portanto, se refira — em inquérito que apurou os fatos, e do qual a conclusão é submetida a julgamento, em escrutínio secreto.

O mesmo ocorre quanto à decisão preliminar de instauração do inquérito, tendo em vista sua natureza e o procedimento estabelecido na parte final do § 2º do artigo 27 da Lei Complementar nº 35/79, dispensada, até, a publicação de sua conclusão.”

Por ocasião deste julgamento, o Eminentíssimo Ministro Moreira Alves cita outro precedente do Supremo, no RE 77.912 (RTJ-89/846), em caso análogo, onde ficou assentado que:

“Para estar fundamentada a decisão que coloca magistrado em disponibilidade por interesse público, basta que se funde — e a ele, portanto, faça referência — em inquérito que apurou os fatos, e do qual a conclusão é submetida a julgamento. Essa, aliás, é a única motivação admissível em escrutínio secreto, em

que todos os participantes se limitam a votar **sim** ou **não**. Não há sequer necessidade — e não é conveniente — de que a decisão, ao invés de se reportar expressamente ao inquérito, reproduza os fatos que nele foram objeto de apuração.”

Se assim entendeu a Excelsa Corte, em caso de disponibilidade de magistrado, não se pode negar a aplicação destas decisões aos membros do Ministério Público, ainda em fase probatória.

Sobre a alegada impossibilidade da demissão no período mencionado no artigo 15 da Lei nº 7.773/89 (doc. de fls. 120/122), não procede porque referida norma legal veda apenas a demissão ilegal e não a baseada, como no caso, em regular processo administrativo envolvendo promotora em estágio probatório. A Dra. Odília Ferreira da Luz Oliveira, digna Subprocuradora-Geral da República, salienta, em seu bem lançado parecer que:

“Como é razoável supor que o legislador use as palavras em sentido técnico, só se pode chegar a uma de duas conclusões.

A primeira delas — a Lei nº 7.773/89 proíbe toda e qualquer demissão — fere o senso jurídico, o senso ético e, mesmo, o bom senso, pois considera que a garantia do processo eleitoral deve ser obtida até à custa do sacrifício do interesse público, com a manutenção, nos quadros da Administração Pública, de funcionário que praticou ilícito administrativo de tal gravidade, que a lei o pune com pena de demissão — ao lado da cassação de aposentadoria e disponibilidade, a mais grave das sanções disciplinares.

Justamente porque é pena e a mais grave de todas, proibir o administrador de aplicá-la é impor-lhe conduta contrária à regra do art. 37, *caput*, da Constituição, que exige respeito ao princípio da moralidade.

Também estará sendo infringido o princípio da indisponibilidade do interesse público, implícito em nosso sistema constitucional, ao se exigir do administrador tolerância com o cometimento de faltas funcionais de excepcional gravidade.

Parece-me inaceitável essa primeira conclusão.

Resta a segunda: a lei veda atos de demissão que, pelo desvio de finalidade (fins políticos) ou por outro vício de legalidade, são inválidos em qualquer época e não apenas em períodos eleitorais. Exatamente por isto — a inutilidade de se proibir em determinado período aquilo que é permanentemente

vedado (a expedição de atos administrativos viciados por ilegalidade) — é que considero supérfluo o preceito em causa, na parte em que se refere à demissão.

Em síntese: ou a Lei nº 7.773/89 fere a Constituição a ética e o bom senso ao vedar de modo absoluto a demissão de funcionários públicos em época eleitoral, ou proíbe apenas a demissão ilegal e, por isso, é redundante.

Não há como negar, assim, a legalidade da demissão da recorrente, ainda que expedida no período a que se refere a Lei nº 7.773/89.”

Nego provimento ao recurso.

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Sr. Presidente, também estou de inteiro acordo com o Eminentíssimo Ministro GARCIA VIEIRA.

A sindicância, como ensinam os processualistas e os administrativistas, é uma medida meramente pré-processual e não tem forma e nem figura de juízo, daí não se exigir, no seu contexto, o princípio da amplitude da defesa.

No caso, não se trata sequer de hipótese de demissão, mas simplesmente de dispensa, porque o promotor se encontrava ainda no estágio probatório. Como se referiu o Eminentíssimo Representante do Ministério Público, em seu parecer oral, o processo de verificação das condições para ulatimação da efetivação ou vitaliciamento da impetrante se encontrava ainda em fase da colheita de provas pela sindicância, através do processo administrativo.

Se neste processo lhe foi concedida a amplitude da defesa, conforme o princípio constitucional, nada há a reparar. A dispensa foi efetivamente legal.

É o meu voto, concordando plenamente com o Sr. Ministro-Relator.

EXTRATO DA MINUTA

RMS nº 1.017 — MS — (91.0009220-7) — Rel.: Sr. Min. Garcia Vieira. Recte.: Tânia Gonçalves Fernandes. Impdo.: Governador do E. de MS. Recdo.: Est. de MS. T. Origem: Tribunal de Just. do E. de MS.

Advs.: Drs. José Goulart Quirino e outros e Nelson Mendes Fontoura Júnior.

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (1ª Turma: 02.09.91).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Gomes de Barros e Pedro Acioli.

Presidiu o julgamento o Exmº Sr. Min. PEDRO ACIOLI.